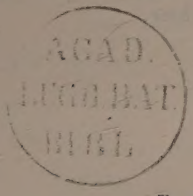
Die Anstiftung zum Versuch einer strafbaren Handlung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau



vorgelegt

von

Max Theodor

Referendar in Bojanowo.

Posen

Hofbuchdruckerei W. Decker & Co.

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Literatur-Verzeichnis.

Bar: Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen. Hannover 1859. (Bar Teilnahme).

— Gesetz und Schuld im Strafrecht. Berlin 1906/7. (Bar).

Bauer: Die akzessorische Natur der Teilnahme. Göttinger Diss. 1904.

Berner: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen u. d. neueren Controversen über dolus u. culpa. Berlin 1847.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

Borchert: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. Berlin 1888.

Dopffel: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur. Tübinger Diss. 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, zitiert mit E. R. und nachfolgender Band- und Seitenzahl.

Feuerbach: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Erfurt 1799. (Feuerbach Revision.)

— Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 12. Ausgabe, Giessen 1836. (Feuerbach Lehrbuch).

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. und 4. Aufl. Leipzig 1903.

Geyer: Teilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung, in Holtzendorff, Handb. des deutschen Strafrechts. Berlin 1871.

Glaser: Gesammelte kleinere juristische Schriften. 2. Aufl. Wien 1883.

Graeff u. v. Rönne: Das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten. Breslau 1853.

Hälschner: System des preussischen Strafrechts. Bonn 1858. (Hälschner System).

— Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881. (Hälschner Strafrecht).

Haupt: Beiträge zur Lehre von der Teilnahme, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 15. Bd. 1895.

Heimberger: Die Teilnahme am Verbrechen. Freiburg i./B. und Leipzig 1896.

Heilborn: Der agent provocateur. Berlin 1901.

Herzog: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Marburger Diss. 1888.

Höpfner: Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe, in der Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, 26. Bd. 1906.

Jacquin: Die Teilnahme am Verbrechen in der deutschen Strafgesetzgebung von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Erlanger Diss. 1903.

Katzenstein: Der agent provocateur vom Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuchs, i. d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 21. Bd. Berlin 1901.

Kitka: Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldiger bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit. Wien 1840.

Kohler: Zur Lehre von der Anstiftung, in den Annalen der Grossherzoglich-Badischen Gerichte. 40. Bd. 1874. (Kohler Annalen).

— Studien aus dem Strafrecht I. Mannheim 1890. (Kohler Studien).

Korn: Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht. Göttinger Diss. 1902.

Krug: Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855. Vierte Abteilung; Abhandlungen. Leipzig 1855.

Langenbeck: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Jena 1868.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. u. 15. Auflage Berlin 1905.

Loewenheim: Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht. Breslau 1897.

Meves: Stellung des Anstifters zu § 46 Reichsstrafgesetzbuch, in Goltdammer Archiv für Strafrecht. 37. Bd. Berlin 1889.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. Leipzig 1907.

Mittermaier: Begriff, Arten und Strafbarkeit des Urhebers. Neues Archiv des Kriminalrechts. 3. Band.

Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund. Berlin 1869.

Oppenhoff: Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals und des Königlichen Ober-Appellationsgerichts in Strafsachen. 12. Bd. 1871.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. Leipzig 1905.

Schütze: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869.

Singewald: Der agent provocateur. Breslau 1908.

Stübel: Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. Dresden 1828.

v. Wächter: Deutsches Strafrecht, Vorlesungen. Leipzig 1881.

Zachariä: Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, insbesondere der Anstiftung, im Archiv des Kriminalrechts. n. F. Jahrgang 1850.

Die Schriften sind, soweit nicht im Literaturverzeichnis eine andere Abkürzung angegeben ist, lediglich mit dem Autornamen zitiert.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite:

I. Der Begriff.

1. Anstiftung und Versuch 1
2. Die Anstiftung zum Versuch 1

II. Die praktische Bedeutung.

1. Im allgemeinen 6
2. Der agent provocateur 9

III. Die strafrechtliche Beurteilung.

1. Die Anstiftung zum Versuch als Anstiftung im Sinne des § 48 St.G.B. 13
2. Das Wesen der Anstiftung 17
   a) Die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft 19
   b) Die akzessorische Natur der Anstiftung 27
   c) Die Anstiftung als selbständiges Delikt 33
   d) Zusammenfassung und Entscheidung 38
3. Der Rücktritt des Anstifters 50
4. Die strafbare Aufforderung des § 49a. St.G.B. 52

I.

Der Begriff.

1. Anstiftung und Versuch.

Der Ausdruck „Anstiftung zum Versuch“ findet sich im Gesetz nicht. Aus dem Begriff der Anstiftung und aus dem Begriff des Versuchs muss die juristische Konstruktion der Anstiftung zum Versuch abgeleitet werden. Nach der Auffassung des Gesetzes (§ 48) ist Anstiftung diejenige Tätigkeit, durch welche jemand, der Anstifter, einen anderen, den Angestifteten, zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat, Versuch (§ 43) diejenige Tätigkeit, durch welche jemand den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, betätigt hat, sofern diese Tätigkeit einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens enthält. Nach der Auffassung des Gesetzes sind beide Tätigkeiten, das Anstiften sowohl wie das Versuchen, nur dolos denkbar. In der Bestimmung des Ausdrucks „Anstifter“ findet sich das Wort „vorsätzlich“ geradezu, vom Täter des Versuchs wird gefordert, dass er den Entschluss habe, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben und mit diesem Entschluss in der Richtung auf das Verbrechen oder Vergehen hin, das ist eben vorsätzlich, tätig werde. Die beiden Begriffe „Anstiftung“ und „Versuch“ können in zweifacher Beziehung zu einander stehen: entweder Versuch der Anstiftung (versuchte Anstiftung), womit die unvollendete oder fehlgeschlagene Anstiftung verstanden wird, oder Anstiftung zum Versuch; von diesen beiden soll hier in ihrer strafrechtlichen Bedeutung nur die letztere behandelt werden, die Anstiftung zum Versuch.

2. Die Anstiftung zum Versuch.

Man denke sich zwei Personen, A und B, die beide in strafrechtlich erheblicher Weise tätig geworden sind, nämlich: auf der Seite des B liegt ein Handeln vor,

das sich als strafrechtlich erheblicher Versuch darstellt, der A hat den B zu dieser Tätigkeit angestiftet, d. h. bestimmend auf ihn eingewirkt. Ohne auf das Wesen der Anstiftung an dieser Stelle näher einzugehen, muss das als unbestritten hingestellt werden, dass zwischen dem Tun des Anstifters und der Tat des Angestifteten irgend ein Zusammenhang bestehen muss, der die Tat als vom Anstifter mitherbeigeführt erscheinen lässt; sonst läge gar kein Grund vor, den Anstifter zu strafen; und ebenso ist das aus dem Gesetz ersichtlich, dass diese Verknüpfung zwischen dem Tun des Anstifters und der Tat des Angestifteten von statten geht im Innern, im geistigen Leben des Angestifteten. Jemand zu etwas bestimmen heisst ganz allgemein: psychisch auf ihn einwirken, dass er etwas Bestimmtes tue oder genauer, dass er sich entschliesse, etwas Bestimmtes zu tun. Dieser Entschluss ist es, der im Zusammenhang steht mit dem Tun des Anstifters. Die Entschlussbildung ist „das Mittelglied, das zwischen Anstiftertätigkeit und verbrecherischer Tat in der Kette des Kausalverlaufs sich befindet.“ [1])

Kehren wir jetzt zu unserem Beispiel zurück. Damit die Tätigkeit des B sich als strafrechtlich erheblicher Versuch darstelle, muss B den Entschluss gehabt haben, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, und zwar sind hier, wie auch im Folgenden immer, wenn von Verbrechen oder Vergehen schlechthin die Rede ist, die Tatbestände des zweiten Teils des St.G.B. mit Ausnahme der Übertretungen zu verstehen, nicht auch die Versuchshandlungen zu jenen, die sich auch als Verbrechen oder Vergehen darstellen. Dieser Entschluss des B also, ein bestimmtes Verbrechen oder Vergehen zu verüben, muss im gewissen Sinne zurückzuführen sein auf die Einflüsterungen des Anstifters, m. a. W. die anstiftende Tätigkeit, das sind die Äusserungen des A zum Zwecke der Anstiftung des B, muss gehen auf die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens. Und dass muss sie immer; die anstiftende Tätigkeit muss immer so geartet

[1]) Haupt, S. 574.

sein, dass der Angestiftete den Entschluss fasst, ein Delikt zu vollenden. Denn wenn die Anstiftung ihn nur zu dem Entschlusse bringt, einen Versuch zu begehen, und wenn er nur mit diesem Willen tätig wird, dann liegt überhaupt kein im Sinne des Gesetzes strafbarer Versuch vor; folglich kann in diesem Falle auch der Anstifter nicht bestraft werden, da nach § 48 eine strafbare Handlung auf Seiten des Angestifteten Voraussetzung der Strafbarkeit des Anstifters ist. Wenn aber die anstiftende Tätigkeit dem eben erörterten Erfordernis entspricht, dann ist es gleichgiltig, ob der Angestiftete das Delikt vollendet hat oder seine Tätigkeit im Stadium des strafbaren Versuches stecken geblieben ist. Der Zusammenhang zwischen der Tat des Angestifteten und der Anstiftung ist gegeben, und der Anstifter wird bestraft. Seine Strafe richtet sich nach dem auf die Tat des Angestifteten anzuwendenden Gesetze, so dass ihn, falls es nur zum Versuch gekommen ist, auch nur die Versuchsstrafe trifft. Das geht klar aus den Worten des Gesetzes hervor, wenn auch der strafbare Versuch in § 48 nicht besonders aufgeführt ist,[1]) und ist daher, wie man wohl behaupten kann, einstimmige Ansicht in Wissenschaft und Rechtsprechung. Statt vieler hier nur Meyer:[2]) „Dabei wird aber der Anstifter nur dann mit der vollen Strafe des Delikts getroffen, wenn es zur Vollendung des Delikts gekommen ist, wogegen, wenn es bei einem Versuch blieb, auch der Anstifter nur mit der Strafe des versuchten Delikts belegt wird", ferner Erkenntnis des Königlichen Obertribunals v. 30. Juni 1871:[3]) „Dass aber in einem solchen Falle — nämlich wenn zu einem Delikt angestiftet, der Angestiftete aber nur zum Versuch gekommen ist — die Anstiftung auch dann strafbar ist, wenn der Täter die strafbare Handlung, zu welcher er angestiftet, zwar nicht vollendet, wohl aber in einer dem Strafgesetze unterliegenden Weise versucht hat, folgt

1) Das war der Fall in § 35 des Preussischen St.G.B. vom 14. IV. 1851.

2) Meyer, S. 204.

3) Oppenhof S. 354.

ebenso aus dem Wortlaute als aus der Entstehungsgeschichte des § 48 des St.G.B., sodass es darauf, dass in dieses St.G.B. der auf andere Voraussetzungen sich beziehende § 35 des Preuss. St.G.B. nicht aufgenommen ist, nicht weiter ankommen kann". Die Anstiftung zum Versuch in dem Sinne also, dass zur Vollendung des Delikts angestiftet, die Tätigkeit des Angestifteten aber nicht über einen strafbaren Versuch hinausgekommen ist, bietet der rechtlichen Beurteilung keine Schwierigkeiten. Aber eigentlich kann man von Anstiftung zum Versuch hier gar nicht reden; denn dass die Anstiftung eine Anstiftung zum Versuch gewesen ist, ergibt sich erst nachträglich aus der über den Versuch nicht hinausgekommenen Tätigkeit des Angestifteten. Die Absicht des Anstifters und die anstiftende Tätigkeit gingen auf Vollendung des Delikts; es war also eine Anstiftung zur Vollendung des Delikts.

Schon aus der Bezeichnung „Anstiftung zum Versuch" lässt sich herauslesen, dass nur zu einem Versuche angestiftet werden soll, dass der Anstifter also nur die Absicht hat, es solle ein Versuch begangen werden. Nun muss aber, wie oben gezeigt, wenn es auf der Seite des Angestifteten überhaupt zu einer mit dem Anstifter in Zusammenhang zu bringenden strafbaren Handlung, sei es auch nur in der Gestalt eines strafbaren Versuches, kommen soll, die anstiftende Tätigkeit immer auf die Vollendung eines Delikts gehen. Folglich ergibt sich als „Anstiftung zum Versuch" im technischen Sinne folgender Fall: Auf der Seite des Angestifteten liegt ein strafbarer Versuch vor; die anstiftende Tätigkeit erstreckt sich, wie oben, auf die Vollendung des Delikts, der Anstifter hat also, wie oben, die Absicht, in dem Anzustiftenden den Entschluss zur Vollendung hervorzurufen, aber — und das ist der Unterschied — der Anstifter hatte von vornherein auch die Absicht, dass vom Angestifteten nur ein Versuch begangen würde. Der Anstifter äussert in diesem Falle etwas anderes, als er beabsichtigt. Doch diese Differenz zwischen Wille und Äusserung allein genügt nicht, um diesen Fall anders zu

beurteilen als den vorigen. Für die Entschliessung des Angestifteten und für die Beurteilung des Richters kommt lediglich die Aeusserung des Anstifters in Betracht, und diese ist die gleiche wie oben, da sie auch auf Vollendung des Delikts geht. Wenn der abweichende Wille von Bedeutung sein soll, so muss er erkennbar sein, natürlich nicht für den Angestifteten erkennbar; denn wenn dies der Fall wäre, würde der Angestiftete ja garnicht zu dem Entschluss kommen, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben; und wenn er trotzdem zu diesem Entschlusse käme, dann wäre dieser Entschluss nicht auf die Anstiftung zurückführbar, da er weit mehr umfasst, als der Anstifter geäussert hat.[1]) Nein, der Angestiftete handelt in dem Glauben, er sei zur Vollendung angestiftet, zu welcher er ja auch durch die Aeusserungen des Anstifters angestiftet ist. Aber für jeden Dritten und vor allem für den Richter muss der Wille, dass nur ein Versuch begangen würde, erkennbar sein. Jedoch dieser blosse Wille genügt auch noch nicht. Denn mit dem Bestimmen des Angestifteten zu dem betreffenden Delikte ist die Tätigkeit des Anstifters beendet. Die Verwirklichung des durch die Anstiftung hervorgerufenen Entschlusses ist allein Sache des Angestifteten und vom Willen des Anstifters unabhängig. Wenn dem nur auf den Versuch gerichteten Willen des Anstifters irgend welche Erheblichkeit beigemessen werden soll, dann muss in dem Vorsatz des Anstifters zugleich die Absicht enthalten sein, die Tätigkeit des Angestifteten auch nur bis zu einem Versuch kommen zu lassen, d. h. der Anstifter muss von vornherein beabsichtigen, durch Mittel irgend welcher Art in die Tätigkeit des Angestifteten einzugreifen und das Eintreten des Erfolges des Delikts, zu welchem er angestiftet hat, zu verhindern. Dieses letztere Erfordernis ist das wesentliche Kennzeichen der Anstiftung zum Versuch.

Unter Anstiftung zum Versuch ist also, um es noch einmal kurz zusammenzufassen, zu verstehen: die An-

1) Sogenannter excessus mandati, welcher dem Anstifter nicht zugerechnet wird.

stiftung zu einem bestimmten Verbrechen oder Vergehen mit der von vornherein beim Anstifter vorhandenen Absicht, es nur zum Versuch des bestimmten Verbrechens oder Vergehens kommen zu lassen. Fast genau so definiert Finger:[1]) „Denkbar wäre eine Anstiftung zum Versuche nur in dem Sinne, dass der Anstifter die reservatio mentalis hatte, die angestiftete Handlung nicht zur Vollendung kommen zu lassen, dass er den Eintritt des Erfolges zu verhindern entschlossen war;" ähnlich Katzenstein:[2]) „Ich verstehe hierunter demnach alle diejenigen Fälle, in welchen zwar der Angestiftete, nicht aber der Anstifter auf die Vollendung der Tat rechnete;" ähnlich auch Heilborn:[3]) „Es soll nur zum Versuch kommen, aber der Anzustiftende soll die Vollendung des Verbrechens wollen." Die beiden letzteren Schriftsteller haben dieselbe Auffassung von der Anstiftung zum Versuch, wie sie hier vertreten ist, ihre Definition scheint aber gerade das Wesentliche, nämlich die von vornherein bestehende Absicht des Anstifters, die Vollendung nicht eintreten zu lassen, zu wenig hervorzuheben.

II.

Die praktische Bedeutung der Anstiftung zum Versuch.

1. Im allgemeinen.

Vor der strafrechtlichen Beurteilung der Anstiftung zum Versuch sei die praktische Bedeutung dieses Begriffes erörtert. Man kann einen strafrechtlichen Begriff nur aus seiner Bedeutung für die tatsächlichen Verhältnisse richtig beurteilen. Es genügt nicht, dass man ihn unter seinen Oberbegriff unterordnet und die für diesen geltenden Sätze auf ihn überträgt. Das wäre systematisch richtig, könnte aber kriminalpolitisch der schwerste Fehler sein. Die Gefahr des summum jus summa injuria läge nahe. Die Rechtsordnung hat nicht „die folgerichtige Durchführung allgemeiner Grundsätze, sondern die Ver-

[1]) Finger S. 351.
[2]) Katzenstein, S. 405, n. 29.
[3]) Heilborn, S. 21.

wirklichung praktischer Zwecke zur Aufgabe“[1]) und muss daher der Macht der Tatsachen Rechnung tragen. Natürlich muss ein Strafgesetzbuch systematisch und folgerichtig aufgebaut sein, aber der Gesetzgeber muss bei jeder Massregel auch ihre wirtschaftliche und politische Bedeutung erwägen. Und wo zwischen dieser und dem System ein Widerspruch sich ergibt, muss vom System abgewichen werden. Der Theorie zuliebe darf der Praxis nie Gewalt angetan werden. Was für den Gesetzgeber gilt, gilt auch für den wissenschaftlichen Beurteiler, und für diesen noch in erhöhtem Masse. Denn die Wissenschaft soll der Gesetzgebung vorarbeiten. Sie soll die Gesichtspunkte aufstellen, nach denen eine vernünftige Gesetzgebung und auch Rechtsprechung erfolgen kann. Ganz besonders die Strafrechtswissenschaft als in hohem Grade praktische Wissenschaft darf sich nie in unnütze Spekulationen verlieren. Alle Sätze, die sie aufstellt, muss sie darauf prüfen, ob sie mit den tatsächlichen Verhältnissen in Einklang stehen, ob sie gegebenenfalls als geltende Rechtssätze der Rechtsgenossenschaft heilsam wären. Unter den strafrechtlichen Erscheinungen sind es dann wiederum die auffallend häufigen und die auffallend seltenen, die eine besonders eingehende Untersuchung ihrer praktischen Bedeutung erfordern. Denn die Häufigkeit eines Verbrechens hat naturgemäss in eigenartigen tatsächlichen Verhältnissen ihren Grund.

Bei der Anstiftung zum Versuch handelt es sich um eine sehr seltene Erscheinung. Während Fälle von Anstiftung täglich der Entscheidung der Gerichte unterliegen, hört man von Anstiftung zum Versuch so gut wie garnichts. In der von den Mitgliedern des Gerichtshofes herausgegebenen Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts finden sich gegen siebzig, in welchen Fragen aus der Lehre der Anstiftung behandelt werden. Unter diesen siebzig Entscheidungen handelt es sich nur in einem Falle um eine Anstiftung zum Versuch, und das ist noch dazu ein absolut untauglicher Versuch, der nach

[1]) v. Liszt, S. 291.

der herrschenden Meinung als strafrechtlich unerheblich gilt. Die Gründe hierfür sollen später erörtert werden. Es genüge an dieser Stelle, die, übrigens wohl allbekannte, Tatsache hervorzuheben. Entsprechend dem oben festgestellten Begriff sei ein Fall von Anstiftung zum Versuch gebildet: der A stiftet in der Absicht, es nur zu einem Versuch kommen zu lassen, den B zu einem Einbruchsdiebstahle an, der B steigt in das Haus ein und ist gerade in dem Begriff den Geldschrank zu öffnen, da kommt A hinzu und verhindert die Ausführung des Diebstahls. Spielt denn der A nicht eine eigentümliche Rolle? Erst bestimmt er den B zu einem Verbrechen und dann hindert er die Ausführung. Weshalb hat er ihn überhaupt angestiftet, wenn er von vornherein nicht wollte, dass das Verbrechen begangen würde? Muss man nicht annehmen, dass jemand einen anderen nur dann zu einem Verbrechen bestimmt, wenn er wirklich will, dass das Verbrechen begangen würde? Es sei vorläufig darauf hingewiesen, dass die weitaus herrschende Meinung — die Ausnahmen sind zu zählen — vom Anstifter wirklich den auf Verübung des Delikts gerichteten Vorsatz verlangt. Indes, den Erfolg will der Anstifter zum Versuch nun eben nicht, also ist er kein Anstifter? Aber er hat doch gerade das getan, was das Gesetz als Anstiftung bezeichnet: er hat einen anderen zu einer strafbaren Handlung bestimmt, und diese strafbare Handlung liegt auch vor, wenn auch nur in der Form des Versuchs. Wenn er nun den Erfolg nicht wollte, was kann er sonst mit seiner Anstiftung bezweckt haben? Der Zweck ist es nun, der die Eigenart der Anstiftung zum Versuch erklärt. Der Anstifter zum Versuch will nicht den Erfolg, er will also weder für sich oder für den Angestifteten irgend einen Vorteil erlangen, noch will er demjenigen, gegen den er anstiftet, einen Schaden zufügen, er will lediglich dass der Angestiftete einen Versuch verübe, d. h. den Willen betätige, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben. Der Angestiftete soll in strafrechtlich erheblicher Weise tätig werden, er soll gewissermassen seine Gesinnung offenbaren, ob er geneigt sei, ein Verbrechen zu

begehen: das ist die Absicht des Anstifters zum Versuch. Es ist kaum anzunehmen, dass dieser Zweck Selbstzweck der Anstiftung zum Versuch sein könnte. Der Anstifter wird wohl regelmässig noch von anderen Gesichtspunkten geleitet werden. A will z. B. sehen, ob B, mit welchem er dasselbe Zimmer bewohnt, ehrlich ist; er stiftet ihn an, dem im Nebenzimmer wohnenden C Geld zu stehlen. Als B in der nächsten Nacht den Diebstahl ausführen will, hindert er ihn daran. Er hat gesehen, dass B zu Diebstählen leicht geneigt ist und hat hiermit seinen Zweck erreicht, eine Schädigung des C hat er nicht beabsichtigt. Diese gewiss sehr fragwürdige Art sittliche Fähigkeiten zu prüfen, ist sicherlich nicht alltäglich, zumal sie auch noch die Bestrafung des Prüflings, die vom Anstifter garnicht beabsichtigt zu sein braucht, zur Folge haben kann.

2. Der agent provocateur.

Der weitaus häufigste, wohl überhaupt der einzige Fall, in welchem die Anstiftung zum Versuch praktisch wird, ist der agent provocateur. Unter agent provocateur wird gegen früher, wo dieser Begriff eine politische Färbung hatte, jetzt allgemein derjenige verstanden, der, wie Glaser[1]) ihn zuerst definierte, „einen anderen zur Verübung eines Verbrechens nur deshalb anstiftet, weil er will, dass dieser sodann überführt und bestraft werde"; also wie oben bei der Anstiftung zum Versuch im allgemeinen ist es auch hier der Zweck, der das wesentlichste Begriffsmerkmal bildet. Da Überführung und Bestrafung der einzige Zweck der Tätigkeit des agent provocateur sind, — „nur deshalb anstiftet" — so liegt ihm an einer Rechtsgüterverletzung garnichts, im Gegenteil es ist gerade anzunehmen, dass er eine Rechtsgüterverletzung vermeiden will; denn wer einen anderen der Bestrafung zuführen will, will doch vermutlich selbst straffrei bleiben, und das kann er allenfalls nur dann erhoffen, wenn er jede Rechtsgüterverletzung zu vermeiden entschlossen ist. Heilborn[2]) nimmt daher dieses Erfordernis mit in seine

[1]) Glaser, S. 102.
[2]) Heilborn, S. 9.

Definition auf und definiert: „Agent provocateur ist derjenige, welcher einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt, um ihn zur Strafe zu bringen, ohne dass es zur materiellen Verletzung des durch die strafbare Handlung angegriffenen oder gefährdeten Rechtsgutes käme", und fügt hinzu: „Der Conjunctiv soll ausdrücken, dass der agent provocateur eine materielle Rechtsverletzung nicht will." Ebenso definiert den agent provocateur auch neuestens Singewald.[1]) Diesen seinen Zweck kann der agent provocateur dadurch erreichen, dass er zum Versuche anstiftet. Dann braucht er keine Verletzung eines Rechtsgutes zu befürchten, da er selbst den Eintritt des Erfolges zu verhindern sich vorgenommen hat. Andererseits macht sich der Angestiftete strafbar, da es der Anstifter bis zu einem strafbaren Versuche kommen lässt.[2]) Anstiftung zum Versuch und Tätigkeit des agent provocateur sind aber nicht zu identifizieren, wie dies Borchert[3]) tut, der unter dem „Fall des sogenannten agent provocateur" genau unsere Anstiftung zum Versuche versteht, im übrigen aber mit „Anstiftung zu einem Versuch als solchem" den praktisch kaum eintretenden und strafrechtlich bedeutungslosen Fall bezeichnet, dass sowohl der Anstifter als auch der Angestiftete nur einen Versuch wollen. Denn einmal lassen sich, wie oben gezeigt, Fälle denken, in denen der Anstifter zum Versuch die Bestrafung des Angestifteten nicht will,[4]) und dann kann der agent provocateur seinen Zweck noch anders erreichen als durch Anstiftung zum Versuch. Heilborn[5]) führt vier „typische Fälle" des agent provocateur an, von denen die Anstiftung zum Versuch einer ist. Im allgemeinen kann man aber wohl sagen, dass die Anstiftung zum Versuch hauptsächlich im Falle des agent provocateur praktisch wird, und wo immer

[1]) Singewald, S. 85.

[2]) Die Frage der Strafbarkeit des Anstifters zum Versuch, die Hauptfrage, bleibt vorläufig ausser Betracht.

[3]) Borchert, S. 56.

[4]) Siehe den Fall E. R. 15,315.

[5]) Heilborn, S. 5—9.

von Anstiftung zum Versuch die Rede ist, findet man den agent provocateur zumeist als einziges Beispiel angeführt.[1]) Auch Heilborn, der die Ansicht Borcherts von der Gleichsetzung von Anstifter zum Versuch und agent provocateur für nicht richtig hält und, wie eben erwähnt, in der Anstiftung zum Versuch eine von den vier Arten sieht, auf welche der agent provocateur seinen Zweck erreichen kann, sagt an einer anderen Stelle,[2]) „dass unter Anstiftung zum Versuch immer das verstanden wird, was der agent provocateur will: es soll nur zum Versuch kommen, aber der Anzustiftende soll die Vollendung des Verbrechens wollen." Diese scheinbare Gleichsetzung von Anstiftung zum Versuch und agent provocateur lässt sich so erklären, dass nach Heilborns Ansicht die Anstiftung zum Versuch eben nur einer der vier Fälle des agent provocateur ist. Nach seiner Ansicht ist jeder Anstifter zum Versuch agent provocateur, aber jeder agent provocateur braucht nicht Anstifter zum Versuch zu sein. Heilborn kennt eine Anstiftung zum Versuch eben nur zu dem Zwecke, den Angestifteten der Bestrafung zuzuführen. Demgegenüber sei an der oben erörterten Ansicht festgehalten, dass eine Anstiftung zum Versuch auch zu anderen Zwecken denkbar sei. Jeder Anstifter zum Versuch braucht also nicht agent provocateur zu sein, aber das sei zugegeben, in den meisten Fällen ist er es.

Doch ist der Begriff des agent provocateur noch nicht völlig klargestellt. Welches ist denn der Grund dieser Schlechtigkeit, einen anderen zur Bestrafung zu bringen? Dieser besteht zumeist darin, dass man einen Verdächtigen eines Verbrechens überführen will, indem man ihn zu einem ähnlichen Verbrechen anstiftet. Aus der Geneigtheit zu diesem letzteren oder aus der Art und Weise, wie er es vollbrachte, hofft man schliessen zu können, dass er das ihm zur Last gelegte begangen habe. Deshalb bedient sich auch, wie es heisst, — ein Gerücht, das gewiss mit grosser Vorsicht zu behandeln ist, — die Polizei zuweilen des agent provocateur. Der agent provocateur

[1]) So z. B. bei Frank, § 48, III, 4. Finger, S. 351. v. Liszt, S. 230.
[2]) Heilborn, S. 21.

im Dienste der Polizei wird gewöhnlich Lockspitzel genannt. Jedoch hat das Wort Lockspitzel eine politische Färbung; man versteht darunter hauptsächlich den Anstifter zu politischen Verbrechen. Dass die Verwendung des agent provocateur zur Aufdeckung von Verbrechen und gar zur Entlarvung politisch verdächtiger Personen eine sehr bedenkliche Praxis ist, bedarf keiner näheren Erörterung. Heilborn[1]) sagt mit Recht, dass der vom agent provotateur Angestiftete bestraft wird „formell wegen desjenigen Verbrechens, bei dem er ertappt wurde, in Wahrheit aber wegen derjenigen, die ihm nicht nachgewiesen sind.“ Es werden nicht gerade die Besten sein, die sich als agents provocateurs hergeben.

Daraus, dass die Anstiftung zum Versuch hauptsächlich in dem Falle des agent provocateur praktisch wird, erklärt es sich, dass man von Anstiftung zum Versuch fast nichts in der Öffentlichkeit erfährt. Denn dass von der Tätigkeit des agent provocateur nichts ans Licht der Öffentlichkeit dringt, ist klar. Sollte sich die Polizei wirklich dieses verwerflichen Mittels bedienen,[2]) so wird sie natürlich dafür Sorge tragen, dass der agent provocateur sofort nach Beendigung seiner Tätigkeit im Dunkel verschwindet. Daher lässt sich auch kein historisches Dokument über die Tätigkeit eines agent provocateur beibringen.[3])

Auch aus seinem Heimatlande Frankreich ist keine nähere Kunde über das Treiben des agent provocateur zu erlangen. Dort gilt dasselbe wie hier. „On comprendra combien le mystère qui enveloppe toujours des actes semblables rend difficile la production de pièces historiques à l'appui du rôle joué dans telle ou telle circonstance

---

[1]) Heilborn, S. 189.

[2]) Dopffel ist davon überzeugt, s. S. 10: das System steht fertig da, häufig angewendet von Behörden und Privaten, und man freut sich jeweils über den erreichten Erfolg.

[3]) Der von Dopffel seiner Arbeit zu Grunde gelegte Fall stützt sich lediglich auf Zeitungsnachrichten. Über die Entstehungs- und Entwickelungsgeschichte des agent provocateur vgl. Dopffel S. 3—10.

par l'agent provocateur."[1]) In Frankreich war um so mehr Grund vorhanden, seine Tätigkeit der Vergessenheit anheimfallen zu lassen, als er dort zu gewissen politisch bewegten Zeiten, wie während des ersten Kaisertums und in der Zeit der Restauration, im Dienste der politischen Polizei eine sehr grosse Rolle gespielt haben soll. Überhaupt hat der Begriff des agent provocateur in Frankreich vor allem politische Bedeutung.[2])

III.

Die strafrechtliche Beurteilung.

1. Die Anstiftung zum Versuch als Anstiftung im Sinne des § 48 St.G.B.

Wie ist nun die Anstiftung zum Versuch in dem Sinne, wie sie hier verstanden wird, strafrechtlich zu beurteilen? Es ist festzuhalten: auf der einen Seite liegt ein strafbarer Versuch vor, also eine strafbare Handlung, auf der anderen Seite ein Bestimmen zu einem Verbrechen oder Vergehen, also ein Anstiften im Sinne des § 48. Man könnte auf den ersten Blick geneigt sein, die Anstiftung zum Versuch genau so zu beurteilen wie die Anstiftung überhaupt, und demgemäss den Anstifter zum Versuch als Anstifter zu strafen; und das Gesetz lässt, lediglich dem Wortlaut des § 48 nach, sicherlich diese Auffassung zu. Aber wenn man den § 48 auf die Anstiftung zum Versuch mit Berücksichtigung ihrer praktischen Bedeutung anwendet, ergeben sich merkwürdige Konsequenzen. Man mache sich diese an dem oben gegebenen Beispiele des Einbruchsdiebstahls klar. Der B wird wegen versuchten Diebstahls bestraft, da er den Entschluss, ein Verbrechen zu begehen, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, betätigt hat. Und der A? Er hat sicherlich den Versuch mitherbeigeführt. Aber andererseits hat er doch

---

[1]) Georges Lefèvre, Artikel agent provocateur in La Grande Encyclopédie, Inventaire raisonné des Sciences, des Lettres et des Arts, Paris.

[2]) Siehe die a. a. O. zitierte köstliche Schilderung eines Agenten der politischen Polizei von Macaulay.

wieder den Erfolg verhindert; ihm allein ist es zu danken, dass es zu keiner Vermögensschädigung gekommen ist, denn ohne sein Eingreifen hätte der B aller Voraussicht nach den Geldschrank geplündert. Und nun gar im Falle des agent provocateur. Ohne dem Treiben dieser Leute das Wort zu reden und unter strengster Verurteilung „einer Polizeiverwaltung, die sich derartiger ruchloser und korrupter Mitttel bedient“ [1]) — Kohler urteilt übrigens 15 Jahre später über das „unwürdige Gebahren“ einer solchen Polizeiverwaltung viel milder [2]) — muss man doch annehmen, dass der agent provocateur in dem Glauben handelt, dem Staate und der Gesellschaft einen Dienst zu erweisen, wenn auch vielleicht von den niedrigsten Beweggründen geleitet, aus Geldgier, Rachsucht oder der Freude am Unglück anderer. „Sollte es nun wirklich gerecht sein, jene Agenten gleich gemeinen Verbrechern auf die Anklagebank zu schleppen? Nimmermehr!“ [3]) „Mit der moralischen Verurteilung ist nicht auch schon die rechtliche gegeben.“ [4])

Dessenungeachtet müsste der Anstifter zum Versuch als Anstifter im Sinne des § 48 bestraft werden, wenn sein Tun sich als das darstellt, was das geltende Recht als Anstiftung bezeichnet. Das in sittlicher Hinsicht verwerfliche Motiv seines Handelns kommt für die strafrechtliche Beurteilung von vornherein nicht in Betracht, da das geltende Strafrecht dem Verbrechensmotiv überhaupt keine Bedeutung beimisst. [5]) Zu untersuchen ist nur, ob der Anstifter zum Versuch Anstifter im Sinn des geltenden Rechts ist. Ist er es, so muss er als Anstifter gestraft werden, mögen sich für das praktische Leben auch noch so grosse Bedenklichkeiten daraus ergeben.

So weit die Tätigkeit des Anstifters zum Versuch in die äussere Erscheinung tritt, kennzeichnet sie sich genau

---

[1]) Kohler, Annalen, S. 64.

[2]) Siehe Kohler, Studien, S. 122.

[3]) Katzenstein, S. 389.

[4]) Kohler, Annalen, S. 64.

[5]) Das Verbrechensmotiv kann bei der Strafabmessung berücksichtigt werden.

als Anstiftung. Anstifter sowohl wie Anstifter zum Versuch tuen dasselbe: beide suchen jemand zur Begehung einer strafbaren Handlung zu bestimmen, und zwar, wie schon oben gezeigt, zur Vollendung eines Delikts. In objektiver Hinsicht also, was gewissermassen die Ausführungshandlung betrifft, ist der Anstifter zum Versuch wirklich Anstifter. Es fragt sich, ob er es auch in subjektiver Hinsicht ist, ob auch sein Verschulden dasselbe ist wie das des Anstifters.

Worin die Schuld des Anstifters zum Versuch besteht, ist schon erörtert. Er will, dass vom Angestifteten der Versuch eines Verbrechens oder Vergehens verübt werde. Der Angestiftete soll in strafrechtlich erheblicher Weise tätig werden. Und welches ist die Schuld des Anstifters? Oder, da bei der Anstiftung Vorsatz die einzige Schuldform ist, worin besteht der Vorsatz des Anstifters? Für die Beantwortung dieser Frage ist natürlich in erster Reihe der Wortlaut des § 48 massgebend. Die dort aufgezählten Mittel seien vorläufig unberücksichtigt gelassen, da sie für die Frage nach dem Vorsatz des Anstifters unmittelbar nicht in Betracht kommen. Nach § 48 St.G.B. wird demnach als Anstifter bestraft, wer einen andern zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat. Lediglich diesem Wortlaut nach braucht sich der Vorsatz des Anstifters nur darauf zu erstrecken, einen andern zur Begehung eines Delikts zu bestimmen, dagegen nicht mit darauf, dass das Delikt auch wirklich begangen werde. Wenn man sich zur Willenstheorie bekennt, heisst das: der Anstifter will den andern bestimmen, er will, dass der andere sich zur Begehung des Verbrechens entschliesse; dass dagegen der andere das Verbrechen wirklich begehe, will der Anstifter nicht oder braucht er wenigstens nicht zu wollen; es genügt der auf die Hervorrufung des Entschlusses gerichtete Vorsatz. Dieser allein durch den Wortlaut des § 48 gestützten Ansicht, die in der Wissenschaft nur ganz vereinzelt, wohl nur von Loewenheim, vertreten wird, stehen wichtige Bedenken entgegen. Dem Entschluss, das Verbrechen zu

begehen, braucht durchaus nicht mit Notwendigkeit das Verbrechen selbst zu folgen. Die mannigfachsten äusseren oder inneren Umstände können diesen Entschluss wieder zunichte machen. Darum macht man sich nicht strafbar, wenn man sich auch noch so fest entschlossen hat, ein Verbrechen zu begehen, es aber bei diesem Entschluss belässt. Ebenso wenig, so muss man folgern, kann sich derjenige strafbar machen, der lediglich den Entschluss zur Begehung eines Verbrechens in einem andern hervorrufen will. Die Entschlussbildung als rein geistiger Akt entzieht sich der strafrechtlichen Verantwortung. Es widerspräche der bestehenden Rechtsordnung, das Wollen und Verursachen dieses rein geistigen Vorganges zu bestrafen.

Aber ist diese ganze Erörterung nicht eigentlich sinnlos? Es ist überhaupt garnicht denkbar, dass jemand lediglich den Entschluss zu einem Verbrechen in einem Menschen hervorbringen will, ohne die Begehung des Verbrechens selbst zu wollen. Was für einen Zweck sollte denn der Anstifter damit verfolgen? An dem Entschluss allein, diesem rein geistigen Vorgange, kann ihm doch unmöglich etwas gelegen sein. Der Entschluss allein ist für das praktische Leben ebenso wie für die Rechtsordnung ein Nichts.

Und andererseits wieder, wenn auch der Entschluss nicht notwendig das Verbrechen zur Folge zu haben braucht, so kann er es doch sehr leicht zur Folge haben. Muss sich daher derjenige, der nur den Entschluss hervorrufen will, nicht sagen, dass dadurch auch leicht das Verbrechen selbst entstehen könnte. Nimmt er daher, wenn er zum Entschluss bestimmen will, nicht auch zugleich das Verbrechen selbst in seinen Vorsatz auf?

Man sieht, die Frage nach dem Verschulden des Anstifters lässt sich nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 48 ablesen. Um sie beantworten zu können, muss man die auf die Anstiftung anzuwendenden Sätze in ihrer Gesamtheit, die Bedeutung der Anstiftung für das Strafrecht und ihre Stellung in der Welt der strafrechtlichen Erscheinungen in Betracht ziehen. Deshalb

sei in den nächsten Abschnitten auf das Wesen der Anstiftung des näheren eingegangen.

1. Das Wesen der Anstiftung.

Der Anstifter ist nach dem St.G.B. Teilnehmer, die Anstiftung ist in dem 3. Abschnitte des I. Teils, der „Teilnahme" überschrieben ist, geregelt. Derselbe Abschnitt handelt auch noch vom Mittäter und Gehilfen. Diese drei sieht das Gesetz also als Teilnehmer an und zwar, wie nicht anders denkbar, als Teilnehmer an der im betreffenden Falle vorliegenden strafbaren Handlung des Täters. Das Gesetz konstruiert, wie auch aus § 50 deutlich erkennbar, einen Gegensatz zwischen Täter und Teilnehmer. Als Teilnehmer gilt aber auch der Mittäter, denn er ist im Abschnitt „Teilnahme" geregelt und wird in § 50 noch ausdrücklich als Teilnehmer bezeichnet. Nach § 47 wird der Mittäter als Täter bestraft, d. h. bei der Mittäterschaft, nämlich „wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen", gilt jeder als Täter, und auch mit Recht, denn der Begriff „gemeinschaftliche Ausführung" besagt, dass die Mittäter bewusst und willentlich zusammengewirkt haben, dass also jeder der Mittäter in gleicher Weise die Tat herbeigeführt hat. Der Begriff Teilnahme bezeichnet etwas Unselbständiges. Er setzt die Handlung eines Täters voraus, an der die anderen Beteiligten teilnehmen. Bei der Mittäterschaft gibt es aber keinen Haupttäter; jeder ist in gleicher Weise Täter. Die Mittäterschaft unter die Teilnahme einzuordnen, war entschieden ein Missgriff. „Die Mittäterschaft ist keine Form der (unselbständigen) Teilnahme an dem Tun eines anderen, sondern eigene selbständige Täterschaft." [1] Das preussische St.G.B. von 1851 kennt den Begriff der Mittäterschaft nicht und versteht unter Teilnahme nur Anstiftung und Beihilfe. Es gebraucht den Begriff der Mittäterschaft auch nicht, da schon Anstiftung und Beihilfe mit der Strafe des Täters bedroht sind, es um so mehr also die Mittäterschaft sein müsste. Noch mehr aber als die Einreihung dieses Begriffes unter die Teilnahme

1) v. Liszt, S. 223.

erscheint bedenklich die Subsumierung des § 49a, auf dessen Bestimmungen noch näher einzugehen ist. Dieser gehört garnicht hierher, denn er enthält vier delicta sui generis, die allein im zweiten Teil des Gesetzbuchs ihren Platz haben. Diese gewiss anfechtbare Terminologie des Gesetzes, das unter Teilnahme auch selbständig strafbare Handlungen mitbegreift, ist besonders hervorgehoben, weil, wie gezeigt werden wird, sich daraus wichtige Schlüsse ziehen lassen. Und nicht nur im Gesetz ist der Begriff der Teilnahme schwankend, vor allem in der Wissenschaft bildet die Lehre von der Teilnahme eine der bestrittensten und daher auch am heissesten umstrittenen Materien. In der Lehre von der Teilnahme ist es wieder die Anstiftung, über welche die grösste Uneinigkeit herrscht. Während die Beihilfe, um was für eine Teilnahmetheorie es sich auch handeln mag, ein ziemlich feststehender Begriff ist, der von jeher der Täterschaft als etwas ganz von ihr Verschiedenes gegenübergestellt wurde, schwankt des Anstifters Charakterbild in der Geschichte. In der gemeinrechtlichen Literatur galt der Anstifter als Urheber, als sogenannter intellektueller Urheber, eine Anschauung, welche die „allein herrschende bis ins 19. Jahrhundert“[1]) war. Das geltende Recht fasst die Anstiftung als selbständige Form der Teilnahme auf, welche Anschauung jetzt als die am meisten verbreitete anzusehen ist. In neuester Zeit wird sogar die Ansicht vertreten, dass die Anstiftung nur eine Art der Beihilfe sei.[2]) Auch über die Strafbarkeit des Anstifters gehen die Meinungen auseinander. Während er im allgemeinen als ebenso strafbar gilt wie der Täter, wurde er besonders in früherer Zeit für strafbarer gehalten,[3]) während zuweilen wieder eine geringere als die Täterstrafe für angemessen erachtet wird.[4])

---

[1]) v. Liszt, S. 217, n. 3, dagegen v. Bar, S. 593.

[2]) Siehe Singewald, S. 54.

[3]) Siehe Feuerbach, Revision II, S. 254. Das war auch die Ansicht der italienischen Juristen, siehe Schütze, S. 124 ff.

[4]) Siehe Mittermaier S. 147.

Der Anstifter hat also alle Wandlungen durchgemacht, die für ihn möglich waren. Das ist auch erklärlich. Die Anstiftung besteht in der psychischen Einwirkung auf einen anderen. Inwieweit eine solche möglich, ob eine solche überhaupt möglich ist, und wenn, wann sie als bewirkt gilt, das sind alles Fragen, für deren Beantwortung die verschiedensten Gesichtspunkte massgebend sind und die in ihrem letzten Grunde auf den Streit „Willensfreiheit oder Willensunfreiheit" zurückgehen. Die Willensfreiheit, konsequent durchgeführt, lässt den Begriff einer Anstiftung überhaupt nicht zu, die Willensunfreiheit hingegen müsste wieder den Angestifteten straflos lassen. Diese Konsequenzen sind nirgends in Wissenschaft und Gesetzgebung gezogen worden, sie entsprechen zu wenig dem Rechtsgefühl. Man wird das Wesen der Anstiftung am besten erkennen, wenn man die einzelnen vertretenen Auffassungen durchgeht, die Gründe, die für und wider sprechen, erwägt und so prüft, welche der einzelnen Auffassungen vom Standpunkt des Gesetzes als die berechtigte anzusehen ist.

a) Die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft.

Wie oben erwähnt, war bis ins 19. Jahrhundert vorherrschend die Auffassung, der Anstifter sei ebenso Urheber wie der Täter. Dieser sei der physische Urheber, jener der intellektuelle. Es gab eigentlich den Begriff „Anstiftung" garnicht. Man unterschied nur Urheberschaft und Beihilfe, und die Urheberschaft teilte sich in physische und intellektuelle. Zuweilen wird die Anstiftung geradezu als Täterschaft angesehen, die Tätigkeit des Angestifteten lediglich als Mittel zur Begehung der Tat. Diese letztere Ansicht vertritt das preussische Landrecht von 1794. II, 20 § 67: „Wer sich eines anderen zur Ausführung eines Verbrechens bedient, wird ebenso bestraft wie derjenige, welcher ein solches Verbrechen selbst und unmittelbar begangen hat." Das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 erblickt in der Anstiftung eine Urheberschaft: „ . . . . alle diejenigen, welche mit rechtswidriger Absicht andere zur Begehung und Ausführung des Verbrechens

bewogen haben, sollen als die Urheber desselben bestraft werden.“ [1])

Die Lehre von der Urheberschaft und Beihilfe hat als erster in wissenschaftliche Form gebracht Feuerbach.[2]) Er teilt die Urheber in unmittelbare und mittelbare. Unmittelbarer Urheber ist der physische Urheber; mittelbare Ursache eines Verbrechens ist eine Person dann, „wenn das Verbrechen eines anderen in ihrer auf Entstehung des Verbrechens absichtlich gerichteten Tätigkeit als Ursache begründet ist. Dieses letztere ist möglich 1. durch absichtliche Bestimmung des Willens eines anderen zur Begehung des Verbrechens (direkt mittelbarer Urheber, intellektueller Urheber), 2. durch absichtliche Hinwegräumung von Hindernissen . . . (indirekt mittelbarer Urheber, Hauptgehilfe, socius prinzipalis).“ Von diesem Hauptgehilfen kann man absehen, da ihn Feuerbach in den früheren Auflagen seines Lehrbuchs, wie Heimberger S. 248 erwähnt, nicht unter die Urheber zählt, und er auch in der „Revision“ als socius delicti den auctores delicti gegenübergestellt wird. Auch Mittermaier[3]) erklärt ihn in der Note des Herausgebers zu § 44 des Lehrbuchs, „als gemeinrechtlich wohl nicht zu erweisen“. Es bleibt also als mittelbarer Urheber im besonderen der intellektuelle Urheber; in dessen „Willen und Handlung“ ist wie beim physischen Urheber „die hinreichende Ursache enthalten, welche das Verbrechen als eine Wirkung hervorbrachte.“ Anstifter und Täter tragen also gleichviel zum Verbrechen bei. Jeder ist für sich Ursache des Verbrechens. Feuerbachs Lehren waren massgebend für die deutsche Strafgesetzgebung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Daher findet sich in den Gesetzen der deutschen Partikularstaaten der Anstifter zumeist als Urheber bezeichnet, so z. B. im Württembergischen St.G.B. von 1839, im Hessischen von 1841, im Badischen von 1845, auch noch im Hamburgischen von 1869.[4])

[1]) Art. 45 cit. nach Heimberger, S. 206.
[2]) Feuerbach, Lehrb. S. 50 ff.
[3]) Feuerbach, Lehrb. S. 51.
[4]) Siehe Jacquin, S. 47—55.

Die gleiche Auffassung vertreten fast ausnahmslos die Schriftsteller dieser Periode. Wenn sie auch in der Terminologie vielfach von Feuerbach abweichen, gilt ihnen die Anstiftung doch stets als Urheberschaft. Der Terminologie wird in dieser Frage eine besonders grosse Bedeutung beigemessen.[1]) Mit dem Worte Urheber wird ein wahrer Kultus getrieben, immer wieder wird ein neuer Inhalt in dieses Wort gelegt. Bald bezeichnet es, wie bei Feuerbach, den Anstifter und den Täter[2]), bald nur den Anstifter,[3]) bald nur den Täter.[4]) Aber stets wird auf das deutlichste ausgesprochen, dass dem Anstifter die Tat in gleicher Weise zuzurechnen ist wie dem Täter. „Denn wenn jemand einen andern zur Verübung eines Verbrechens verleitet hat, so ist er dafür anzusehn, als ob er das Verbrechen selbst verübt habe. Jener hat durch diesen gehandelt. Dieser erscheint, in Beziehung auf jenen, als Mittel."[5]) Dabei erscheint der Angestiftete nicht etwa als willenloses Werkzeug in der Hand des Anstifters. Der Fall der mittelbaren Täterschaft wird streng von der Anstiftung geschieden. Der Freiheit des Angestifteten wird vollkommen Rechnung getragen. Der Angestiftete gilt nur gegenüber dem Täter als Mittel, gegenüber der Tat werden Anstifter und Angestifteter als gleichwertig neben einander gestellt. „Jener wirkt in gleichem Masse geistig wie dieser körperlich. Das geistige Wirken ist bloss rücksichtlich der Art der dazu angewendeten Kräfte, aber nicht der Stärke nach von dem körperlichen Wirken unterschieden."[6]) Dass hiernach die Strafbarkeit des Anstifters die gleiche ist wie die des Täters, lässt sich ohne weiteres folgern und ist auch herrschende Ansicht.

1) Vgl. darüber besonders die Abhandlung von Krug.

2) Vgl. Berner S. 269.

3) So bei Stübel, siehe S. 89: „Man hat Täter und Urheber der Verbrechen zu unterscheiden. Jene sind, welche ihre eignen Kräfte zur Verübung eines Verbrechens verwendet haben, und diese, von denen ein anderer dazu bewogen worden ist. So auch Kitka, siehe S. 125.

4) Siehe Krug S. 102 ff.

5) Stübel S. 96.

6) a. a. O. S. 108.

Auch nach der Einführung des Preussischen St.G.B. von 1851, das in § 34 die Anstiftung als eine Form der Teilnahme bezeichnet, gilt die Anstiftung in der Wissenschaft noch vielfach, wenn auch unter dem Namen Teilnahme, als Urheberschaft. So erklärt Hälschner,[1]) nachdem er von der Beihilfe gehandelt hat, als zweite Form der Teilnahme die intellektuelle Urheberschaft. Er definiert den intellektuellen Urheber als denjenigen, „welcher einerseits seine verbrecherische Absicht selbständig gestaltete und andererseits zum Zwecke der Verwirklichung derselben sich der Tätigkeit eines anderen bedient", und sagt dann geradezu: „Der intellektuelle Urheber ist also Urheber einmal in dem Sinne, dass die verbrecherische Absicht in seiner Denktätigkeit ihren Ursprung hat, sodann aber auch in dem Sinne, dass die verbrecherische Tat ihrem ganzen Umfange nach in seiner Willenstätigkeit ihren Grund hat; denn wenn er sich zwar in seiner Tätigkeit auf das Anstiften eines anderen beschränkte, so hat er doch die Handlung des Angestifteten, insofern dieselbe von ihm absichtlich wirklich veranlasst wurde und seiner Absicht entspricht, auch vollkommen als die seinige anzuerkennen." Das besagt nichts anderes, als: der Anstifter ist in demselben Masse Täter wie der Angestiftete. Auch in seinem Gemeinen deutschen Strafrecht identifiziert Hälschner[2]) die Anstiftung durchaus mit der Täterschaft. Wenn man ein Verbrechen zu begehen beabsichtige, so könne man dies tun „mittels Anwendung der eigenen physischen Kräfte" oder auch „mittels psychischer Einwirkung auf einen anderen Menschen, dessen Willen und physische Tätigkeit" man sich dienstbar mache. Diese zweite Art ist die Anstiftung. Der Anstifter verübt ein Verbrechen dadurch, „dass er sich der Tätigkeit des Angestifteten als Mittel der Verübung bedient."

Ganz besonders betont v. Wächter die Urheberschaft des Anstifters. Er bedauert es, dass das R.St.G.B. die ganz treffenden Ausdrücke „Urheber und Miturheber"

[1]) Hälschner, System S. 340.
[2]) Hälschner, Strafrecht S. 394 ff.

nicht gebrauche.[1]) „Den intellektuellen Urheber bezeichnet es blos durch Anstifter.“ Auch er kennt nur zwei Arten der Beteiligung am Verbrechen, entweder als Urheber oder als Gehilfe. „Man kann auch dadurch Urheber eines Verbrechens werden, dass man vorsätzlich durch Einwirkung auf den Willen eines anderen diesen zur Begehung des Verbrechens zu bestimmen und es so durch ihn zu begehen sucht. Dies ist die Anstiftung.“ Und gleichsam zur Bekräftigung hebt er noch besonders hervor: „Dass ein solcher Anstifter Urheber des Verbrechens ist, wenn der Angestiftete das Verbrechen ausführte, leidet keinen Zweifel. Sein Wille ist auf Begehung des Verbrechens gerichtet, und er gebraucht zur Realisierung seines auf das Verbrechen gerichteten Willens den Angestifteten als Mittel.“[2]) Deutlicher kann wohl der Gedanke, dass der Anstifter ebenso Urheber ist wie der Täter, nicht ausgedrückt werden; Anstifter und Täter gelten als Miturheber. Es ist nur eine Konsequenz dieser Auffassung, aber durchaus keine notwendige Konsequenz, wenn v. Wächter im Falle der misslungenen Anstiftung, wenn also der Angestiftete garnicht zur Ausübung schreitet und so nach geltendem Recht mangels einer strafbaren Handlung des Angestifteten auch der Anstifter straflos bleibt, den Anstifter wegen Versuchs bestraft wissen will; denn „für ihn ist es der Anfang der Ausführung jenes Verbrechens.“[3])

Auch jetzt noch wird von manchen die Anstifung als Urheberschaft aufgefasst, so vor allem von Kohler. Er sucht das Hauptargument, das gegen diese Auffassung spricht, zu entkräften, nämlich die Benutzung eines willensbegabten, willensfreien Menschen als Werkzeug. Nach Kohler[4]) ist der Angestiftete „Werkzeug des Täters, weil er es sein will.“ Kohler ist Indeterminist. „In dem inneren Kern des Menschen liegt die autonome unbe-

[1]) v. Wächter, S. 242.

[2]) a. a. O. S. 256.

[3]) a. a. O. S. 256 n. 5. Vgl. dagegen Berner S. 308, Langenbeck S. 160.

[4]) Kohler, Studien S. 114.

stimmte Freiheit, welche jeden Reiz der Lust niederzuwerfen . . . vermag."[1]) Der Angestiftete braucht den Reizungen, welche die Einflüsterungen des Anstifters in seiner Seele hervorrufen, nicht nachzugehen. Kraft seiner Willensfreiheit kann er ihnen stärkere Gegenreize entgegenstellen. Tut er das aber nicht, dann macht er sich bewusst zum Werkzeug des Anstifters, und der Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und dem Tun des Täters ist gegeben. „Bei der Anstiftung haben wir daher zwei Täter, den Anstifter als den intellektuellen Täter und den „Täter" als intellektuellen und faktischen Täter zugleich; der Angestiftete ist Werkzeug des Täters, aber er ist nicht willenloses oder bewusstloses, er ist ein des deliktuosen Zieles bewusstes Werkzeug des Täters."[2]) So klar wie Kohler hat kein anderer die Urhebereigenschaft des Anstifters ausgesprochen. Der Anstifter gilt ihm als Täter.

Auch Finger teilt diese Auffassung. „Man kann einen gewollten verbrecherischen Erfolg nicht nur durch eigene Tätigkeit, sondern auch durch einen anderen Menschen herbeiführen, wenn man ihn bestimmt, für die Verwirklichung des Erfolges tätig zu sein."[3])

Aus der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft ergibt sich die Beurteilung der Anstiftung zum Versuch sehr einfach. Wenn der Anstifter Urheber ist, also der Tat genau so gegenübersteht wie der Täter, so muss er auch denselben Vorsatz haben wie dieser. Der Täter ist nur strafbar, wenn er das Verbrechen wirklich ausführen, d. h. wenn er den Erfolg herbeiführen will; ebenso muss auch der Anstifter den Erfolg wollen. Kohler kennt keinen Unterschied zwischen Anstifterwillen und Täterwillen. „Der Anstifter will die Tat, er will sie nur eben durch das Medium des praktischen Täters."[4]) Ebenso v. Wächter: „Sein Wille ist auf Begehung des Ver-

---

[1]) Kohler, Annalen S. 62.
[2]) Kohler, Studien S. 114.
[3]) Finger S. 343.
[4]) Kohler, Studien S. 129.

brechens gerichtet . . ."[1]) Hälschner: „Die Absicht des Anstifters geht wie die des Täters, mag es der angestiftete oder alleinhandelnde sein, auf Verübung des Delikts,"[2]) und „der Anstifter beabsichtigt das zu vollendende Delikt."[3]) Wenn also vom Anstifter ein auf das Delikt gerichteter Vorsatz gefordert wird, so ist derjenige nicht als Anstifter anzusehen, welcher den Angestifteten nur einen Versuch begehen lassen will. Kohler entscheidet in diesem Sinne die Straflosigkeit des agent provocateur. „Wer bloss einen Versuch begehen will, d. h. wer eine Tätigkeit, die, zu Ende geführt, sich als Delikt darstellen würde, blos zum Stadium des Versuchs bringen will, der hat keinen deliktuosen dolus."[4]) „Daher kann der agent provocateur nicht strafbar sein, wenn er blos einen Versuch herbeiführen will, um den Täter auf dem Versuch zu ertappen."[5]) § 43 muss nach dieser Ansicht auch für den Anstifter gelten, „der ja auch ein Täter, auch ein Urheber ist."[6]) Daher kann auch der Anstifter wegen Versuchs nur bestraft werden, wenn er wollte, dass das Delikt verübt würde. Das will der Anstifter zum Versuch nicht, also ist er nach der eben vorgetragenen Ansicht nicht als Anstifter strafbar.

Die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft führt naturgemäss zu einer grossen Einfachheit in der Lehre von der Anstiftung. Alle Sätze, die für den Täter gelten, gelten auch für den Anstifter. Es fragt sich nur, ob dieses die Auffassung des Gesetzes ist. Das wird meistens verneint, selbst von denjenigen, die de lege ferenda die Anstifung als Urheberschaft ansehen. Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Entstehungsgeschichte des § 48 glaubt man das Gegenteil erweisen zu können. Nur Kohler vertritt die Urheberschaft der Anstiftung auch de lege lata. In § 48 heisst es, dass der

---

[1]) v. Wächter, S. 256.
[2]) Hälschner, Strafrecht S. 402.
[3]) Hälschner a. a. O. S. 415.
[4]) Kohler, Studien S. 122.
[5]) Kohler, a. a. O. S. 123.
[6]) Kohler, Annalen S. 65.

Anstifter einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung bestimmt haben muss. Daraus folgert Kohler: „Dass aber darum die Tat nicht auch zugleich als die Tat des Anstifters vorausgesetzt wird, welcher durch Erregung von Motiven die Tat kausiert hat, ist in keiner Weise aus den Worten des Gesetzes zu entnehmen,“ [1]) während Loewenheim [2]) herausliest, dass die Tat eben nur „als die von diesem anderen begangene bezeichnet wird“ und daher nicht auch zugleich als die Tat des Anstifters angesehen werden kann. Dagegen gibt Loewenheim Kohler Recht, „dass der Behandlung der Anstiftung unter dem Titel Teilnahme im St.G.B. eine entscheidende Bedeutung nicht zugemessen werden kann.“ [3]) Wie schon oben hervorgehoben, gebraucht das St.G.B. „den Ausdruck Teilnahme nicht in dem prägnanten Sinne, dass darunter nur akzessorische unselbständige Teilnahme verstanden werden müsste.“ Entscheidend bleibe aber vor allem der Wortlaut des § 48, und dieser könne nicht in dem Sinne Kohlers ausgelegt werden.

Aus der Entstehungsgeschichte folgert vor allem Katzenstein [4]) die nicht ursächliche Natur der Anstiftung. In den deutschen Strafgesetzbüchern des 19. Jahrhunderts fänden sich hinsichtlich der Lehre von Anstiftung „zwei scharf einander gegenüberstehende Typen“. Die einen, z. B. das Bayrische St.G.B. von 1813 und das Hessische von 1841, stellen Anstifter und Täter neben einander unter der Gesamtbezeichnung Urheber und heben ausdrücklich hervor, dass auch der Anstifter Ursache der Tat sei. Die anderen dagegen „lehnen durch scharfe und ausdrückliche Gegenüberstellung der Begriffe Urheberschaft und Teilnahme die Annahme eines Kausalzusammenhangs zwischen Anstiftung und Tat unbedingt ab.“ Zu diesen letzteren gehöre das Preussische St.G.B. von 1851, und diesem sei das R.St.G.B. gefolgt. Wenn

[1]) Kohler, Studien S. 111.
[2]) Loewenheim S. 14.
[3]) a. a. O. S. 13.
[4]) Katzenstein, S. 391—394.

auch der mit § 34 Ziff. 1 des Preussischen Gesetzbuchs fast wörtlich übereinstimmende § 40 Ziff. 1 des 1. Entwurfs eine redaktionelle Aenderung erlitten habe, so fehle doch „all und jeder Grund für die Annahme, dass der § 48 des R.St.G.B. mit jener neuen Fassung zur Sanktionierung der Theorie von der intellektuellen Urheberschaft habe zurückkehren wollen."

Als Hauptargument gegen die Urheberschaft der Anstiftung wird allgemein vorgebracht, dass das Gesetz auf dem Standpunkt der Willensfreiheit stehe, und es von diesem Standpunkt aus unmöglich sei, den Angestifteten gleichsam „als Werkzeug in der Hand des Anstifters"[1]) zu behandeln. Der Täter, mag er angestiftet sein oder nicht, begehe die Tat durchaus als seine eigene. Seine auf seinen freien Willen zurückführbare Tätigkeit schliesse jeden Kausalzusammenhang zwischen seiner Tat und der Anstiftung aus, der Anstifter beteilige sich lediglich an der Tat dadurch, dass er an der Willensbildung behilflich sei. So entstand die Lehre, die in der Anstiftung lediglich eine Teilnahmehandlung sieht. Diese Lehre ist von Schütze und Birkmeyer besonders ausgebaut worden.

b) Die akzessorische Natur der Anstiftung.

Während nach der vorigen Ansicht Anstifter und Täter als gleichwertig neben einander stehen, wird jetzt die Tätigkeit des Täters zur Hauptsache, die Anstiftung zur Nebensache. Nur der Täter begeht das Verbrechen, der Anstifter wird zum „beteiligten Nichttäter".[2]) Dem Täter seien „alle anders Beteiligten — somit als Nichttäter — gegenüberzustellen". Schütze wendet sich gegen den „Pseudobegriff der Miturheberschaft" und gegen den „alles vermengenden Urheberbegriff", der zu der Anschauung führe, „als ob der Anstifter der eigentliche Verbrecher wäre, und das Werkzeug seiner Absicht der angestiftete Täter — als ob dieser das Verbrechen nur wollte, weil jener es will." „Das heisst offen gesprochen den Täter

[1]) v. Liszt, S. 217.

[2]) Dieses und die folgenden Zitate aus Schütze S. 243—248.

zum Helfer umzustempeln.“ Schütze macht zum Ausgangspunkt seiner Beweisführung die Selbstbestimmung des Willens, die eigene Absicht des Täters, ohne diese sei jede Täterschaft undenkbar. Auch Schütze ist Indeterminist. „Nur aus eigenen Beweggründen, zur Verwirklichung eigener Zwecke werden mit Bewusstsein Verbrechen begangen.“ Der Angestiftete begeht also die Tat durchaus als seine eigene. Eigene Motive in seinem Innern haben seinen Willen zur Tat bestimmt, er habe sich selbst bestimmt. Der Anstifter habe ihm lediglich „wirksame Beweggründe“ geboten, damit er sich dieselben aneigne. Dass er dies tue, hänge aber ganz von ihm ab. Deshalb erscheint ihm die Tat vor allem als die des Täters. Der Anteil des Anstifters sei ein untergeordneter, er komme überhaupt erst in Betracht, wenn der Täter die Tat auch begehe, und dass er sie begehe, darauf habe der Anstifter keinen Anspruch. Man könne überhaupt den Anstifter nur mit dem Angestifteten in Beziehung bringen, nicht mit der Tat. Der Anteil des Anstifters sei nur ein Schuldanteil. Jedoch der Schuldanteil des Anstifters sei der grössere, da er der Schöpfer des verbrecherischen Entschlusses sei. Schützes Beweisführung läuft auf das hinaus, was Birkmeyer für die strafrechtliche Bedeutung des Teilnehmers hält, nämlich „dass er durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm an Verursachung desselben abgeht.“[1])[2])

---

[1]) Birkmeyer, S. 126.

[2]) Ähnlich hatte schon Krug argumentiert. Als Anhänger der Willensfreiheit kommt er zu dem Schluss: „Eine direkte Einwirkung auf die Handlungen anderer, wodurch man Ursache derselben würde, ist nicht denkbar“ (S. 63). Wie aber dem Täter das Verbrechen nicht nur infolge des physischen Kausalitätsverhältnisses, sondern hauptsächlich deshalb zugerechnet werde, weil er die Tat „als seine Tat weiss und will“, so geschieht es auch grade um dieses Bewusstseins willen, dass dem Anstifter, „was er aus dem objektiven Standpunkte nicht getan, d. i. nicht verursacht hat, aus dem subjektiven doch zugerechnet wird, als ob er es getan, d. i. verursacht habe“, siehe S. 126.

Birkmeyer hat dann diese Lehre weiter ausgebaut, er ist der eigentliche Schöpfer der Lehre von der akzessorischen Natur der Teilnahme. Ähnlich wie Schütze versteht er unter Anstiftung „ein Beeinflussen des Willens des Angestifteten dahin, dass er sich selbst bestimme.“[1])[2])

Dem Anstifter mangelt nach seiner Ansicht natürlich auch jeder ursächliche Zusammenhang mit der Tat. „In der Anstiftung unseres positiven Rechts liegt weder . . . eine Verursachung des verbrecherischen Erfolges noch .... eine Verursachung des Willensentschlusses des Angestifteten.“ Diese Lehre müsste konsequenter Weise zur Straflosigkeit des Anstifters führen, denn es wird immer wieder betont, dass die Tat lediglich zurückgehe auf die freie Entschliessung des Angestifteten, dass die Tätigkeit des Anstifters nur Anreizungen biete, auf die der Anzustiftende reagieren könne oder auch nicht, wie sich eben sein Wille entschliesse. Doch diese Folgerung hat niemand gezogen.

Worin besteht nun eigentlich die Schuld des Anstifters? Er kann ja nicht einmal einen anderen zu einem Entschluss bestimmen, er kann höchstens wollen, dass der andere auf seine Einflüsterungen hin einen Entschluss fassen möge. Und dass er das tut, kann man auch kaum sagen. Nach der in Rede stehenden Auffassung hegt der Anstifter eigentlich nur den frommen Wunsch, der Anzustiftende möchte sich seine Einflüsterungen zu nutze machen. Der Vorsatz des Anstifters könnte also allerhöchstens auf die Entschlussfassung gerichtet sein. Dass in diesem Falle die Anstiftung überhaupt nicht strafbar wäre, ist schon oben bei der Auslegung des Wortlauts

---

[1]) Birkmeyer, S. 116.

[2]) Genau so definiert Langenbeck das Wesen der Anstiftung. Er bezeichnet S. 146 als Anstifter denjenigen, „der absichtlich auf einen andern intellektuell in der Weise einwirkt, dass dieser sich zum Verbrechen bestimmt.“ Dass er trotzdem den Anstifter als Urheber ansieht, bezeugen seine weiteren Ausführungen. „Da die intellektuelle Einwirkung Grund dessen ist, was den Grund der Existenz des Verbrechens ausmacht, so ist sie eben deshalb auch Grund des letzteren. Man kann mit vollem Rechte sagen, der Anstifter habe das, was vorliegt, begangen.“ (S. 171).

des § 48 dargelegt. Daher verlangen fast alle Anhänger der akzessorischen Natur der Anstiftung, selbst wenn sie der Tätigkeit des Anstifters auch noch so geringe oder überhaupt gar keine Bedeutung für die Tat des Angestifteten beimessen, von Anstifter den auf die Tat selbst gerichteten Vorsatz.

Die Folgerung aus der akzessorischen Natur der Teilnahme, dass der Vorsatz des Anstifters nur auf die Entschlussfassung gerichtet zu sein brauche, hat, soweit sich übersehen lässt, nur Loewenheim gezogen. Er geht vom Wortlaut des Gesetzes aus. Da nach diesem Anstiftung das Bestimmen eines anderen zum Verbrechen sei, „d. h. die Tätigkeit, durch welche in dem Anzustiftenden der Entschluss das Verbrechen zu begehen, hervorgerufen werden soll,“ [1]) folglich sei Erfolg der Anstiftung lediglich die Hervorrufung dieses Entschlusses. Folglich „braucht auch der Vorsatz des Anstifters nur diese Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses als Erfolg zu umfassen.“[2]) Hiernach ist die Anstiftung zum Versuch natürlich als Anstiftung strafbar. Denn der Anstifter zum Versuch hat den Vorsatz, in dem Anzustiftenden den Entschluss zur Begehung des Verbrechens hervorzurufen.

Im übrigen müsste, ganz abgesehen von seinem dolus, der Anstifter nach der akzessorischen Natur der Teilnahme immer bestraft werden, allerdings nicht wegen seiner Beteiligung an der Tat des Angestifteten, denn mit dieser steht er in gar keinem Zusammenhang. Der Anstifter wird nach dieser Auffassung garnicht für sein Verhalten bestraft, im Gegenteil: die Teilnahmehandlungen werden verübt „gleich Vorbereitungshandlungen mit dem Wissen und Willen, dass man durch sie den verbrecherischen Erfolg nicht verursache.“ „Sie entlehnen ihre Strafbarkeit stets einem fremden verbrecherischen Verhalten.“[3]) Das ist nicht anders zu verstehen, als dass der Anstifter garnicht für seine eigene Tat bestraft wird, denn diese steht

[1]) Loewenheim, S. 18.
[2]) a. a. O. S. 20.
[3]) Birkmeyer, S. 144—146.

in keinem Zusammenhange mit der Tat des Angestifteten und soll ja auch nach dem Willen des Anstifters die Tat nicht verursachen, sondern er wird bestraft für die Tat des Angestifteten. Wer also in einem anderen bewusst und willentlich Vorstellungen erweckt hat, damit dieser zu dem Entschluss komme, ein Verbrechen zu begehen, wird, wenn der andere den vom Anstifter gewünschten Entschluss gefasst und daraufhin eine strafbare Handlung begangen hat, wegen Anstiftung bestraft. Folglich muss auch der Anstifter zum Versuch bestraft werden, denn er hat den Entschluss veranlasst, und der vorliegende Versuch ist eine strafbare Handlung.

Diese Folgerung zieht Frank.[1]) Er verlangt vom Anstifter, dass er „auch die Tat als eine bestimmte ins Auge fassen muss," d. h. die Einflüsterungen müssen nicht nur „verbrecherische Neigungen" im allgemeinen in ihm erwecken, sondern müssen bewusst und willentlich so beschaffen sein, dass sie den Anzustiftenden zu der Entschliessung, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, veranlassen. Für jede daraufhin begangene strafbare Handlung habe der Anstifter einzustehen. Frank bejaht daher die Strafbarkeit der Anstiftung zum Versuch.

Ebenso Olshausen.[2]) In eigentümlicher Weise, worauf auch Korn[3]) hinweist, definiert Olshausen den dolus des Anstifters. Zunächst erklärt er, dass der dolus des Anstifters lediglich in dem Willen bestehe, den anderen zur Ausführung der betreffenden Straftat zu bestimmen. Da hierzu aber der Wille zur Bestimmung des Entschlusses des anderen nicht ausreiche, so müsse der dolus des Anstifters auf die Verübung der strafbaren Handlung seitens des Angestifteten ihrem ganzen Umfange nach sich erstrecken. Die Strafbarkeit der Anstiftung zum Versuch leitet Olshausen aber wieder daraus ab, „dass der Anstifter nicht den dolus des Täters zu besitzen braucht," als ob ein auf die Verübung einer strafbaren Handlung ihrem ganzen Umfange nach sich erstreckender dolus nicht Tätervorsatz wäre.

[1]) Frank, § 48, III, 3 u. 4.
[2]) Olshausen, § 48, n. 21.
[3]) Korn, S. 11.

Jedoch die meisten Anhänger der akzessorischen Natur der Anstiftung, auch Birkmeyer, fordern vom Anstifter den auf Verübung der Tat gerichteten Vorsatz. Die Teilnahmehandlungen werden aber nach Birkmeyer verübt mit dem Wissen und Wollen, dass man durch sie den verbrecherischen Erfolg nicht verursache. Der Teilnehmer will also die Tat, will sie aber durch seine Tätigkeit nicht hervorbringen, sondern will und kann auch nur lediglich bei der Entschlussfassung mitwirken.

Ein in dieser Weise auf die Tat gerichteter Vorsatz muss strafrechtlich bedeutungslos bleiben. Denn dass der Vorsatz sich auf die Tat erstrecke, kann man nur von denjenigen sagen, der durch sein Tun wirklich die Tat hervorbringen will und auch in dem Glauben handelt, dass sein Tun zur Hervorbringung der Tat geeignet sei. Seine eigne Tat muss man verschuldet haben, wenn man dafür zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden soll. Nach der Theorie von der akzessorischen Natur der Teilnahme ist aber die Tat des Anstifters eine ganz andere als die des Täters. Mit Recht bemerkt dazu Loewenheim: „Nur auf seine eigene Tätigkeit kann sich der Vorsatz des Anstifters erstrecken. Diese Tat besteht lediglich in der Bestimmung des Anzustiftenden zum Verbrechen, mit ihr ist sie vollendet. Wenn daher der vom Angestifteten gefasste verbrecherische Entschluss sich mit demjenigen deckt, den der Anstifter in ihm hervorrufen wollte, so liegt vollendete vorsätzliche Anstiftung vor.“ [1])

Die angeführten Beispiele mögen genügen, um zu der Erkenntnis zu gelangen, dass die Lehre von der Urheberschaft der Anstiftung die einfachsten, klarsten Resultate zu Tage fördert, die Lehre von der akzessorischen Natur der Anstiftung dagegen grosse Unklarheiten enthält. Was eigentlich die sogenannte akzessorische Natur der Teilnahme bedeutet, harrt immer noch einer befriedigenden Erklärung. Birkmeyer, der Hauptverteidiger dieser Lehre, definiert sie so: „Die Teilnahmehandlungen sind, für sich allein betrachtet, keine strafbaren Handlungen. Vielmehr

[1]) Loewenheim, S. 50/51.

werden die Teilnahmehandlungen zu strafbaren Handlungen erst, insofern sie sich zu einer selbständigen strafbaren Handlung als Teilnahme an derselben hinzugesellen.“ [1]) Diese Sätze kann man ohne weiteres unterschreiben, wenn auch das „Hinzugesellen zu einer selbstständig strafbaren Handlung“ nicht ganz verständlich erscheint. Sie besagen offenbar nichts anderes, als dass, um lediglich von der Anstiftung zu reden, das Bestimmen allein zur Strafbarkeit nicht ausreiche, dass vielmehr auf Seiten des Täters eine strafbare Handlung vorliegen müsse. Aber weiter: „Sie sind nicht selbständig strafbar, sondern sind es nur aus dem Verbrechen eines anderen heraus, an welchem die Teilnehmer teilgenommen haben. Sie entlehnen ihre Strafbarkeit stets einem fremden verbrecherischen Verhalten.“ Was besagen diese Sätze? Dasselbe wie die vorigen? Das ist kaum anzunehmen. Vielmehr legt besonders der letzte Satz die Vermutung nahe, dass nach dieser Ansicht der Anstifter garnicht für sein Tun bestraft wird, sondern für das verbrecherische Verhalten des Täters. Wenn das der Fall ist, und diese Worte lassen kaum eine andere Deutung zu und werden auch allgemein so gedeutet, dann fällt diese Theorie in sich zusammen. Denn jemand für eines anderen Tun zu bestrafen, widerspricht völlig den Grundsätzen unseres Strafrechts.

Andererseits sträubte man sich wieder, in der Anstiftung Urheberschaft zu sehen, weil dann der Angestiftete lediglich als Werkzeug erscheint. So kam man dazu, das Wesen der Anstiftung allein aus ihrer praktischen Bedeutung für das Strafrecht zu erklären.

c) Die Anstiftung als selbständiges Delikt.

Diesen Weg hat vor allem Heilborn gewiesen. Die unfruchtbare Streitfrage über Willensfreiheit und Willensunfreiheit schied er ganz aus. „Determinismus und Indeterminismus sind metaphysische Hypothesen, die sich nicht beweisen lassen“ [2]) Es wäre also schlimm, wenn eine

[1]) Birkmeyer, S. 146.
[2]) Heilborn, S. 58.

praktische Lehre wie die von der Anstiftung in ihrem Ausbau von einer dieser entgegengesetzten unbeweisbaren Annahmen abhänge. Und ferner: „Das Wesen der Anstiftung kann nicht aus der Teilnahme abgeleitet werden; man geht sonst von Voraussetzungen aus, deren Richtigkeit nachzuweisen ist.“ Dass es mit dem Nachweis dieser Richtigkeit noch sehr im argen liegt, hat sich genug gezeigt.

Heilborn weist zunächst darauf hin, dass der Streit um die Willensfreiheit für die Lehre von der Anstiftung keine Bedeutung hat. Es können sowohl die Deterministen den Angestifteten, als auch die Indeterministen den Anstifter strafen. Was die ersteren betrifft, so halten sie auch den nichtangestifteten Täter für determiniert und strafen ihn dennoch, und die Determinierung des Angestifteten durch den Anstifter ist sicherlich nicht qualitativ verschieden von der des nichtangestifteten Täters. Andererseits leugnen die Indeterministen nicht, „dass der Wille Motiven folge“, nur brauche er es nicht zu tun. Folge er aber, „so ist der erforderte Kausalzusammenhang bis zum Willensentschluss des Angestifteten gegeben.“[1]) Das verkenne auch das auf indeterministischer Anschauung beruhende Gesetz nicht, „wie käme es, sonst zur Bestrafung des Anstifters?“ Heilborn glaubt das Wesen der Anstiftung am besten aus den Mitteln derselben erklären zu können. Geschenke, Versprechen, Drohungen, Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt haben das gemeinsam, dass sie in dem Anzustiftenden Gefühle wie „Habgier, Furcht, Hass, Zorn“[2]) erregen oder, genauer gesagt, erregen können. Der Anstifter „macht aber ferner das Gefühl zum Willensmotiv, indem er seine Befriedigung oder Beseitigung mit einer bestimmten Handlung in Verbindung bringt.“[3]) Natürlich muss der Anstifter nicht notwendigerweise diese Gefühle erregen. Das kommt ganz auf die Veranlagung des Anzustiftenden an. Auch braucht den erregten Gefühlen nicht der Ent-

[1]) Heilborn, S. 60.
[2]) a. a. O. S. 70.
[3]) a. a. O. S. 71.

schluss zur Tat und die Tat zu folgen. Wenn sie aber „den Angestifteten wirklich dazu gebracht haben," dann muss es, „wenigstens zum Teil, auf die intellektuelle Einwirkung des Anstifters zurückzuführen sein." Heilborn kommt so zu dem Resultat, „die Anstiftung als Mitursache des vom Angestifteten gefassten Entschlusses zu bezeichnen."[1]) Es bestehe ein Kausalzusammenhang zwischen anstiftender Tätigkeit und Willensentschluss, natürlich auch zwischen Willensentschluss und Tat, folglich sei auch die anstiftende Tätigkeit für die Tat des Angestifteten kausal. Trotzdem ist aber die Tat des letzteren nicht die des Anstifters. Derselbe tut und will nicht das nämliche wie der Täter; er ist deshalb nicht wie dieser zu behandeln. Die Tätigkeit des Anstifters bestehe immer in geistiger Einwirkung, um was für ein Verbrechen es sich auch handeln mag. „Der Täter hingegen muss immer dasjenige erfüllen, was zur Begehung des konkreten Verbrechens erfordert wird." Mit der geistigen Einwirkung sei die Tätigkeit des Anstifters vollendet, trotzdem sei er noch nicht strafbar. Es müsse die Tat des Täters hinzukommen. Damit die Anstiftung wirksam werde, müsse der Angestiftete aus seinem Eigenen etwas hinzufügen, „dessen wirkende Kraft der Anstifter erhoffen aber nicht erzeugen oder berechnen konnte, und dieses Eigene des Angestifteten ist die Hauptsache, von ihm hängt in letzter Linie die Wirksamkeit der Anstiftung ab."[2]) Die gesetzlichen Tatbestände seien auf den Täter zugeschnitten. Dieser sei daher „das notwendig Gegebene und Erste", folglich „können Anstifter und Gehilfen nur als Teilnehmer in Betracht kommen." Das Tun des Anstifters erschöpfe sich in der Hervorrufung des Entschlusses, und für dieses Tun werde er bestraft, „freilich nur unter der Voraussetzung eines weiteren von ihm verschuldeten Erfolges, der Begehung eines Verbrechens oder des Versuchs eines solchen durch den Angestifteten." Dementsprechend muss der dolus des Anstifters nach Heilborn nicht nur auf

[1]) a. a. O. S. 75—76.
[2]) a. a. O. S. 79.

Hervorrufung des Entschlusses gehen, sondern, da zur strafrechtlichen Wirksamkeit der Anstiftung noch ein strafbares Handeln des Angestifteten gehört, auch auf dieses strafbare Handeln, aber nicht auf ein Weiteres, also nicht auf den Erfolg des Verbrechens, zu welchem angestiftet wird. „Demnach muss der Anstifter das Handeln des Täters, nicht die Vollendung seiner Handlung wollen.“[1]) Was die Anstiftung zum Versuch betrifft, so ist die Entscheidung nach Heilborn klar; sie ist als Anstiftung strafbar. Er begründet dies noch besonders aus ihrer Gefährlichkeit. „Der Versuch, der Anfang der Ausführung, ist nur gefährlich, wenn der Täter die Vollendung will. Die Gefährlichkeit der Anstiftung und Beihilfe ist aber ganz unabhängig von der Endabsicht des Anstifters und Gehilfen.“[2])

Das ist Heilborns Standpunkt in der Lehre von der Anstiftung. Er nimmt einen Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Tat an, hält aber den Anstifter doch nicht für den Urheber. Der Anstifter „tut und will nicht das nämliche wie der Täter, er ist deshalb nicht wie dieser zu behandeln.“[3]) Er sieht in dem Anstifter nur einen Teilnehmer an der Tat des Angestifteten, aber einen Teilnehmer nur in formellem Sinne, insofern seine Tätigkeit ohne die des Angestifteten strafrechtlich unerheblich ist. Wenn aber auf der Seite des Angestifteten eine strafbare Handlung vorliege, dann werde der Anstifter nicht gestraft wegen dieser strafbaren Handlung, sondern wegen seiner eigenen Tätigkeit, die in der Hervorrufung des Entschlusses besteht.

Heilborn betont an mehreren Stellen, dass der Anstifter mit der geistigen Einwirkung alles seinerseits Erforderliche getan habe, dass ferner die Tätigkeit des Anstifters immer dieselbe sei, um was für ein Verbrechen es sich auch handeln mag. Er nennt die Anstiftung auch ein Erfolgsdelikt. Wie diese Ausführungen ergeben, hält Heilborn die Anstiftung für ein selbständiges

[1]) a. a. O. S. 94.
[2]) a. a. O. S. 88.
[3]) a. a. O. S. 78.

Delikt, bestehend in der auf ein bestimmtes Verbrechen gerichteten geistigen Einwirkung auf einen anderen. Die Norm, die der Anstifter übertritt, lautet: Du sollst nicht in der Richtung auf ein bestimmtes Delikt hin auf einen anderen geistig einwirken. Das Delikt der Anstiftung wird jedoch nur bestraft, wenn der Angestiftete infolge der anstiftenden Tätigkeit strafbar tätig geworden ist.

Dass die Anstiftung ein selbständiges Delikt ist, behauptet geradezu Höpfner. Er wendet sich zunächst gegen die akzessorische Natur der Teilnahme, die er unklar und inkonsequent und im Gesetz nicht begründet findet. Die anstiftende Tätigkeit werde von dieser Theorie als strafrechtlich unerheblich dargestellt. Das sei unrichtig, denn „es ist nicht denkbar, dass ein strafrechtlich indifferentes Handeln durch den späteren Eintritt eines Ereignisses zu einem strafbaren wird.“ [1]) Schon die anstiftende Tätigkeit ist nach Höpfner rechtswidrig und mit Strafe bedroht, allerdings nur „unter der Bedingung der Existenz einer Haupttat.“ Diese bedingte Strafbarkeit der Anstiftung entspreche lediglich Zweckmässigkeitsrücksichten, im besonderen bestrafe das Gesetz in gewissen Fällen die Anstiftung auch unbedingt, so in §§ 49a, 159, 111. Die akzessorische Natur der Anstiftung lasse sich aus dem Gesetz nicht erweisen, § 50 spreche direkt dagegen. Aus dem Gesetz gehe nur hervor, dass eine strafbare Handlung des Angestifteten Bedingung der Strafbarkeit des Anstifters sei und dass die Strafe des Anstifters abzustufen sei je nach dem Delikt, zu welchem er anstiftet. Das Resultat von Höpfners Untersuchungen ist: es gibt ein besonderes Delikt der Anstiftung zu strafbaren Handlungen. „Der Anstifter und der Gehilfe zum Diebstahl übertreten nicht die Diebstahlsnorm, sondern das Verbot des Bestimmens, bezw. Helfens zu strafbaren Handlungen, deren eine der Diebstahl ist.“ [2]) Die Bestimmungen über Anstiftung und Beihilfe seien aber „sekundäre Strafgesetze,“ sie verfolgen keine selbständigen

[1]) Höpfner, S. 585.
[2]) a. a, O. S. 619—621.

Zwecke, sondern dienen der Verhütung desselben Erfolges, dem Schutze desselben Rechtsguts“ wie die primären Strafgesetze, das sind die Bestimmungen über Mord, Diebstahl u. s. w. Das kausale Verhältnis zwischen Anstiftung und Tat betont Höpfner noch besonders. Weil die Anstiftung für den dem Rechte unerwünschten Erfolg kausal werden könne, gerade deshalb sei sie mit Strafe bedroht. Vom dolus des Anstifters sagt Höpfner gelegentlich der Besprechung des agent provocateur ganz kurz: „Das Gesetz bedroht den Anstifter; wenn wir diesen Ausdruck nicht pressen, können wir dabei nur an einen Menschen denken, der wollte, dass der Erfolg herbeigeführt werde, zu dessen Herbeiführung er anregte.“ Daher ist der agent provocateur, der es nicht zum Erfolg kommen lassen will, nicht strafbar.

d) Zusammenfassung und Entscheidung.

Es ist im vorigen versucht worden, die einzelnen in der Literatur vertretenen Auffassungen des Wesens der Anstiftung darzustellen, oder genauer gesagt, die hauptsächlichsten Auffassungen, wie dies bei der überaus umfangreichen Literatur, die der Streit um das Wesen der Anstiftung gezeitigt hat, nicht anders möglich ist.

Es handelt sich bei der Frage um die Anstiftung zum Versuch allerdings nur um den Vorsatz des Anstifters. Man kann jedoch den Vorsatz des Anstifters nicht anders beurteilen als aus dem Wesen der Anstiftung. Es wird mit Heilborn angenommen, dass „Vorsatz der Wille ist, dasjenige zu verwirklichen, was den Tatbestand eines bestimmten Verbrechens ausmacht, verbunden mit dem Bewusstsein der Möglichkeit des Erfolges.“[1]) Nun ist es ja fraglich, ob die Anstiftung schon infolge ihrer Stellung im Gesetz ein bestimmtes Verbrechen im üblichen Sinne ist. Sie ist jedenfalls ein mit Strafe bedrohtes Tun, und man muss sich über ihr Wesen und über ihre rechtliche Bedeutung klar sein, wenn man den Vorsatz des Anstifters definieren will. Das scheint aber nicht allgemeine Meinung zu sein. Man hat gesehen, dass Schriftsteller,

[1]) Heilborn, S. 85.

die über das Wesen der Anstiftung prinzipiell entgegengesetzter Meinung sind, von dem Anstifter den gleichen Vorsatz fordern, nämlich den auf Herbeiführung des Erfolges gerichteten Vorsatz; nur ganz vereinzelt wird ein anderer Vorsatz gefordert. Manche Schriftsteller, so Höpfner, halten es, ganz abgesehen vom Wesen der Anstiftung, für selbstverständlich, dass der Vorsatz des Anstifters immer auf den Erfolg gerichtet sei. Das ist sicherlich einleuchtend. Man mache sich doch einmal den Tatbestand einer Anstiftung unbefangen klar. Es sucht jemand einen anderen zur Begehung eines Delikts zu bestimmen, und zwar nicht nur durch Worte, nicht nur durch gutes Zureden, sondern unter Hingabe eines Geschenkes oder indem er ihm eine Belohnung in Aussicht stellt, oder sogar indem er ihm, falls er sich nicht willig erweise, ein Übel androht. Muss man da nicht unwillkürlich auf den Gedanken kommen, dass der Anstifter die Vollendung des Delikts, zu dem er anstiftet, will. Muss man nicht annehmen, dass der Anstifter sogar ein sehr grosses Interesse an der Verübung des betreffenden Delikts habe. Wie sollte man sich sonst dieses Eindringen auf den Anzustiftenden, wie die zum Teil sehr beträchtlichen Mittel zu seiner Beeinflussung erklären. Das Nächstliegende ist also ganz sicherlich, dass der Anstifter den Willen hat, das Verbrechen solle wirklich begangen werden.

Dem könnte man entgegenhalten: wenn der Anstifter dieses grosse Interesse an der Begehung des Delikts habe, so sei es doch am sichersten, er begehe es selbst. Warum wolle er denn, dass es ein anderer begehe? Oder liegt der Nachdruck vielleicht nicht darauf, dass das Verbrechen überhaupt begangen würde, als vielmehr darauf, dass gerade dieser andere es begehe?

Was zunächst diese zweite Frage betrifft, so lässt sich darauf erwidern, dass ja auch in diesem Falle der Anstifter die Begehung des Deliktes will und dass die Persönlichkeit des zur Verwirklichung dieses Willens Auserwählten, wenn er nur deliktsfähig ist und nicht besondere persönliche Umstände vorliegen — man denke an Fälle wie

Kindstötung, Hausdiebstahl —, strafrechtlich natürlich ohne jede Bedeutung ist.

Die Antwort darauf, warum der Anstifter das Delikt nicht selbst begehe, lässt sich sehr einfach geben. Es lassen sich die verschiedensten Gründe dafür anführen: der Anstifter fühlt sich zur Ausführung ungeeignet, oder der Gegenstand des Delikts ist dem Anzustiftenden besonders leicht erreichbar, oder der Anzustiftende ist zur Ausführung des betreffenden Delikts infolge seiner persönlichen Eigenschaften ganz besonders gut geeignet. Der Hauptgrund wird der erste sein: der Anstifter fühlt sich zur Begehung ungeeignet, er will aber, dass das Delikt begangen werde, folglich bleibt ihm nichts anderes übrig, als dass er einen anderen für sich zu gewinnen sucht, den er zur Begehung des Delikts bestimmt. Ist dieser andere damit einverstanden, d. h. lässt er sich bestimmen und begeht er daraufhin das Verbrechen, so hat der Anstifter seinen Zweck erreicht. In der geschilderten Weise verläuft die Anstiftung in den weitaus meisten Fällen. Daraus folgt: der Vorsatz des Anstifters geht auf die Vollendung des Delikts.

Die Richtigkeit dieser Auffassung, welche sich aus dem Wortlaut des § 48 und aus allgemeinen Erwägungen ergibt, wird nicht nur durch ihre Vorherrschaft in der Wissenschaft, sondern vor allem durch die Praxis bestätigt. Als Beweis seien die Entscheidungen des Reichsgerichts angeführt, in denen Fragen aus der Lehre von der Anstiftung behandelt werden. Die diesen Entscheidungen zu Grunde liegenden Fälle zeigen deutlich, dass das Hauptinteresse an der Begehung des Verbrechens stets der Anstifter hat, dass er daher stets mit dem Willen tätig wird, das Verbrechen soll wirklich begangen werden.

Verhältnismässig am häufigsten kommt Anstiftung zum Meineid vor. Schon das ist bezeichnend. Zum Meineid stiftet der Angeklagte oder im bürgerlichen Rechtsstreit die Partei den Zeugen an, um infolge einer günstigen Aussage freigesprochen zu werden oder den Prozess zu gewinnen. Der Anstifter hat natürlich den Willen, dass der Meineid geschworen würde. Zu diesem

Zweck hat er ja grade den andern angestiftet, weil er von der Begehung des Delikts einen grossen Vorteil für sich erhofft.

Auch die Anstiftung zu den Konkursdelikten ist keine seltene Erscheinung. Das ist wieder sehr lehrreich. Der Gläubiger, der den Schuldner zur Gewährung einer Begünstigung (K. O. § 241, E. R. 5,435) zu bestimmen sucht, der Schuldner, „der mit dem Vorschlage der Sondervergütung an den die Zustimmung zum Zwangsvergleich ablehnenden Gläubiger herangetreten ist“ (K. O. § 243, E. R. 29,304) haben das Hauptinteresse an der Begehung des Delikts und daher den Willen, dass es wirklich begangen werde.

Aus der grossen Zahl der Fälle seien noch einige besonders bezeichnende hervorgehoben.

Der Täter stiftet zur Begünstigung seiner eignen Tat an. Er tut dies, um die üblen Folgen seiner Tat abzuwenden und einen möglichst grossen Nutzen aus ihr zu ziehen. Diesen Zweck kann er nur erreichen, wenn die Begünstigung wirklich stattfindet. Sein Wille geht daher auf Vollendung der Begünstigung. (E. R. 4,60.)

Der Gefangene, der sich befreien will und einen andern anstiftet, ihm dabei behilflich zu sein, will natürlich, dass das Delikt der Gefangenenbefreiung (§ 120 St. G. B.) begangen werde. (E. R. 3,40).

Oft verhält sich der Anstifter zum Angestifteten geradezu wie der Herr zum Knecht. Der ganze Vorteil der Tat gebührt dem Anstifter, der Angestiftete erhält lediglich eine Entschädigung für seine Gefälligkeit und Mühewaltung.

Der Händler, der gefälschtes Apollinariswasser vertreiben will, stiftet die Arbeiter an, Krüge, wie sie für dieses Wasser verwendet zu werden pflegen, anzufertigen und mit einem dem Apollinariszeichen ähnlichen Zeichen zu versehen. (E. R. 13,388.)

Der Kaufmann bestimmt gegen Gewährung eines hohen Entgeltes Eisenbahnbedienstete, Kaffee mit Hinterziehung des Zolles über die Grenze zu schaffen. (E. R. 14,318).

Der Abiturient stiftet einen Studenten an, gegen Belohnung für ihn das Abiturientenexamen zu machen. (E. R. 18,145).

Dass in diesen letzteren Fällen der Vorsatz des Anstifters sich auf die Begehung des Delikts richtet, ist ganz zweifellos. Der Angestiftete ist als Werkzeug anzusehn. Der Anstifter will ein Verbrechen begehen und bedient sich dazu einer ihm besonders geeignet erscheinenden Person. Diese führt das Verbrechen in seinem, des Anstifters, Auftrag und Interesse aus.

Die angeführten, aus dem praktischen Leben entnommenen Beispiele, die sich beliebig vermehren lassen, mögen genügen, um die Auffassung zu bestätigen, dass der Anstifter den auf die Tat selbst, d. i. auf die Vollendung der Tat gerichteten Vorsatz hat. Kommt man so, ganz abgesehen vom Wesen der Anstiftung, aus allgemeinen Erwägungen, aus dem Wortlaut des § 48 und vor allem aus der Betrachtung des praktischen Lebens zu dieser Auffassung vom Vorsatz des Anstifters, so muss man um so mehr dazu gelangen, wenn man die Anstiftung als das betrachtet, was sie in Wirklichkeit ist nämlich als Urheberschaft.

Mit der akzessorischen Natur der Teilnahme können wir uns nicht einverstanden erklären. Sie ist schon oft widerlegt worden, zuletzt besonders eingehend von Bauer, der zu dem Schluss kommt, dass sie wie „theoretisch nicht zu rechtfertigen, so auch praktisch gänzlich unhaltbar ist.“[1]) Er findet sie aber im Gesetz begründet.[2])

Wir können uns, wie Höpfner und andere, nichts denken unter Ausdrücken wie „strafbar aus dem Verbrechen eines anderen heraus“ oder „einem fremden

[1]) Bauer, S. 128.

[2]) Bauer schiesst jedoch über das Ziel hinaus, wenn er in dem Erfordernis der konkreten Strafbarkeit des Täters die Achillesferse der akzessorischen Natur der Teilnahme sieht. Konkrete Strafbarkeit wird nicht erfordert. „Die akzessorische Natur der Teilnahme verlangt für die Strafbarkeit derselben nur das Vorliegen eines Verbrechens, einer strafbaren Handlung auf Seiten des Täters, aber durchaus nicht Strafbarkeit oder gar Bestrafung des Verbrechers.“ (Birkmeyer S. 155.)

verbrecherischen Verhalten entlehnte Strafbarkeit." Wir lehnen eine Theorie ob, die solche Fiktionen aufstellt wie: „der Teilnehmer müsse sich, was der andere getan, durch seinen Willen angeeignet haben," oder: „der Teilnehmer ergänze durch sein Verschulden hinsichtlich des Gesamterfolges, was ihm an Verursachung desselben abgeht." Im übrigen folgen durchaus nicht alle Schriftsteller, die sich Anhänger der akzessorischen Natur der Teilnahme nennen, der Beweisführung Birkmeyers. Sie halten die Teilnahme lediglich aus dem Grunde für akzessorisch, weil ihre Strafbarkeit durch eine strafbare Handlung des Angestifteten bedingt ist und die Strafe des Teilnehmers sich nach dem auf den Täter anzuwendenden Gesetz bemisst, so z. B. Frank.[1])

Wir folgen auch nicht der von Höpfner und in gewissem Sinne auch von Heilborn vertretenen Ansicht, dass die Anstiftung ein bedingt strafbares delictum sui generis sei. Mit diesem delictum sui generis hat es nämlich ein eigenes Bewenden, sodass man es den Delikten des zweiten Teils nicht gleichberechtigt an die Seite stellen kann. Was den Vorsatz des Anstifters betrifft, fordert nämlich Höpfner, dass er auf die Vollendung des Delikts, Heilborn, dass er auf ein strafbares Handeln seitens des Angestifteten gerichtet sein müsse. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale; der Tatbestand der Anstiftung als delictum sui generis besteht in dem Bestimmen eines anderen zu einer strafbaren Handlung. Also müsste es genügen, dass der Anstifter lediglich den Willen hat, den anderen zu bestimmen. Denn „nur auf seine eigene Tat kann sich der Vorsatz des Anstifters erstrecken."[2]) Heilborn jedoch so wie Höpfner fordern, dass der Vorsatz des Anstifters mehr umfasse, als der Tatbestand der Anstiftung besagt. Heilborn erklärt dies daraus, dass die Anstiftung ein Erfolgsdelikt sei in dem Sinne, dass zu ihrer strafrechtlichen Bedeutsamkeit ausser ihrem begrifflichen Erfolge noch ein weiterer Erfolg, nämlich ein strafbares Handeln des An-

[1]) Frank, § 48, I, 4.
[2]) Loewenheim, S. 50.

gestifteten gehöre.[1]) Nun ist es aber gerade das Wesen dieser sogenannten Erfolgsdelikte, dass der Täter für den schwereren Erfolg gestraft wird, ohne ihn in seinen Vorsatz aufgenommen zu haben. Wenn der Vorsatz des Anstifters sich auf ein strafbares Handeln des Angestifteten miterstrecken muss, so wird dieses zum Tatbestandsmerkmal erhoben. Was heisst denn nun, der Vorsatz müsse sich auch auf ein strafbares Handeln erstrecken? Ein strafbares Handeln liegt bei den Verbrechen und bei einer Anzahl von Vergehen schon dann vor, wenn ein Versuch begangen ist, bei allen anderen Delikten erst, wenn sie vollendet sind. Der Vorsatz des Anstifters müsste sich also bald auf den Versuch, bald auf die Vollendung erstrecken. Man sieht, dass es nach dieser Ansicht vor allem darauf ankommt, dass der Angestiftete sich strafbar mache. Heilborns Auffassung vom Wesen der Anstiftung scheint allzu sehr auf den Begriff des agent provocateur zugeschnitten.

Wir können auch Höpfners Ansicht nicht beistimmen: die Anstiftung sei ein delictum sui generis, die Begehung der strafbaren Handlung durch den Täter Bedingung der Strafbarkeit. Diese Ansicht lässt sich nur aus der eigenartigen Auffassung erklären, die Höpfner von dem Begriff der Bedingung der Strafbarkeit hat. „Bedingung der Strafbarkeit eines verbrecherischen Tuns ist stets der zum Verbrechensbegriff gehörige Erfolg, sofern der Versuch nicht strafbar ist.“[2]) Ist schon der Versuch strafbar, dann ist nach Höpfner der Erfolg Bedingung der schwereren Strafbarkeit. Aus dieser Ansicht ergibt sich: gestraft wird der Verbrecher nicht wegen des durch seine Tätigkeit hervorgebrachten Erfolges, sondern wegen seiner verbrecherischen Tätigkeit unter der Bedingung, dass sie den Erfolg hervorbringt, oder um mit Höpfner zu reden: „das Strafbare“ sei lediglich das verbrecherische Verhalten; der Umstand, dass dies Verhalten einen Erfolg verursache, sei lediglich „willkürliche Bedingung des

[1]) Heiborn, S. 87.
[2]) Höpfner, S. 600.

Strafens".[1]) Was dieses Auseinanderreissen von Tätigkeit und Erfolg bezwecken soll, ist durchaus nicht einzusehen. Für die Rechtsordnung kommt nur der Erfolg, die Rechtsgüterverletzung, in Betracht; dieser ist die Hauptsache. Verschiedene Verbrecher können denselben Erfolg in der verschiedensten Weise hervorbringen, und doch werden sie alle mit derselben Strafe belegt, da der Erfolg der gleiche ist. Die Strafdrohungen beziehen sich lediglich auf den Erfolg. Nicht auf die Art und Weise, wie der Erfolg hervorgebracht wird, kommt es an, sondern darauf, dass er hervorgebracht wird. Unter Bedingung der Strafbarkeit versteht man allgemein „äussere Umstände, die mit der verbrecherischen Handlung selbst und ihren Bestandteilen nichts zu tun haben, vielmehr getrennt von diesen ins Auge gefasst werden müssen."[2]) Es ist klar, dass hierzu die strafbare Handlung des Angestifteten nicht gehören kann; wegen dieser wird der Anstifter ja gerade unter dem Gesichtspunkte gestraft, dass sie eine Folge seiner Anstiftung sei, dass sie also mit der Anstiftung „sehr viel zu tun habe". Wenn dies nicht der Fall wäre, entfiele ja jeder Grund zur Bestrafung des Anstifters, und noch dazu zu der so strengen Bestrafung. Es ist also auch denen nicht beizustimmen die das Vorliegen einer strafbaren Handlung auf der Seite des Angestifteten als Bedingung der Strafbarkeit des Anstifters im üblichen Sinne ansehen.

Man kann dem Wesen der Anstiftung nur gerecht werden, wenn man sie als Urheberschaft ansieht. Alle anderen Auffassungen müssen, wie gezeigt worden ist mit Fiktionen oder der Aufstellung neuer Begriffe oder Deliktsformen operieren. Von Liszt sagt von der Auffassung der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft, dass sie „allein wissenschaftlich begründet ist und allein in der Rechtsprechung zu brauchbaren Resultaten geführt hat.[3]) Zu ihrer Begründung, die Kohler besonders eingehend durchgeführt hat, ist kaum etwas hinzuzufügen.

[1]) a. a. O. S. 601.
[2]) v. Liszt, S. 132.
[3]) v. Liszt, S. 217.

Es sei noch einmal auf die den Entscheidungen des Reichsgerichts entnommenen praktischen Fälle hingewiesen.

Für die Existenz des Verbrechens ist die Tätigkeit des Anstifters bei weitem bedeutungsvoller als die des Angestifteten. Diese Ansicht drängt sich förmlich auf, wenn man die sich täglich ereignenden Fälle von Anstiftung betrachtet. Der Anstifter hat zuerst den Gedanken der Tat gefasst, er hat sie bis in alle Einzelheiten bei sich erwogen. Bei diesen Erwägungen ist er zu der Einsicht gekommen, dass eine bestimmte Person zur Ausführung dieser Tat besonders geeignet sei. Er sucht daher diese Person durch gewisse Mittel sich dienstbar zu machen, damit sie für ihn das Verbrechen vollführe. Der Angestiftete begeht weniger die Tat, als vielmehr lässt er sich zur Begehung gebrauchen. Die Tätigkeit des Anstifters ist die wahre Ursache des Verbrechens, sie ist das in erster Reihe Massgebende, ohne sie kann das Verbrechen nicht gedacht werden. Die Anstiftung ist eine Begehungsform des Verbrechens.[1]) Wir stehen nicht an, den Anstifter als eigentlichen Täter, zum mindesten aber auch als Täter anzusehn.

Dieser Auffassung kann nicht entgegenstehen, dass die anstiftende Tätigkeit nicht kausal zu werden braucht. Natürlich braucht sie das nicht. Der Wille muss nicht allen Anreizungen folgen. Das behaupten auch die Deterministen nicht. Aber wenn er ihnen folgt, dann ist der Willensentschluss auch durch die Anstiftung verursacht oder, wie Heilborn sagt, mitverursacht. Und nur die gelungene Anstiftung kommt ja strafrechtlich in Betracht. Hier ist also immer Verursachung gegeben. Dass die Anstiftung nicht die einzige Ursache ist, braucht nicht zu beirren; der Mittäter verursacht den Erfolg auch nicht allein und gilt doch allgemein als Urheber. Wir haben oben den typischen Fall einer Anstiftung zu zeichnen versucht: jemand möchte gern ein Delikt verüben, kann es aber nicht selbst, er sucht daher einen anderen zu bestimmen. Er wird sich natürlich an einen solchen Menschen wenden, bei dem er auf Erfolg rechnen kann,

[1]) Siehe Bar Teilnahme S. 47.

bei welchem er also hoffen kann, dass seine Einflüsterungen den Entschluss und die Tat verursachen werden.

Nun heisst es allgemein: der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft widerspricht der Wortlaut des Gesetzes. Das scheint nicht zutreffend. Wir glauben mit Höpfner uns nicht darum kümmern zu müssen, ob der Gesetzgeber die akzessorische Natur der Teilnahme anerkannt habe oder anerkennen wollte. Nur der Wortlaut des Gesetzes ist massgebend. Der Stellung unter der Überschrift „Teilnahme" kann eine Bedeutung nicht beigemessen werden, da das Gesetz auch den Mittäter darunter versteht, der doch gewiss Urheber ist. § 50 wird als Beweis gegen unsere Auffassung angeführt. Allerdings ist diese Vorschrift überflüssig, aber Heilborn hat Recht mit seiner Behauptung, dass § 50 nichts gegen die subjektive Theorie beweise, da „auch überflüssige Bestimmungen aus praktischen Gründen im Gesetz Aufnahme finden."[1])

Was den Wortlaut des § 48 betrifft, so wird aus den Worten „zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung" gefolgert, dass das Gesetz die vorliegende strafbare Handlung eben nur als vom Täter begangen, diesen also als den alleinigen Urheber ansieht. Diese Worte zwingen jedoch durchaus nicht zu der eben angeführten Auslegung. Man kann sie ebensogut lediglich in dem Sinne auffassen, dass zur Strafbarkeit des Anstifters eine strafbare Handlung des Angestifteten erforderlich ist. Die Motive bestätigen diese Annahme. Es heisst dort, dass durch die Einschaltung der Worte „zu einer von demselben begangenen strafbaren Handlung" der Annahme einer erfolglosen Anstiftung entgegengetreten werden soll. Darauf kommt es also an, dass auf der Seite des Angestifteten überhaupt eine strafbare Handlung vorliegt. Es ist daher keineswegs ausgeschlossen, dass die Tat auch als die des Anstifters anzusehen ist, „welcher durch Erregung von Motiven die Tat kausiert hat."[2])

---

1) Heilborn, S. 84.
2) Kohler, Studien, S. 111.

Dass der Gesetzgeber von der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft ausging, sprechen die Motive zum I. und III. Entwurf ganz klar aus. Die Motive zum I. Entwurf bezeichnen den Anstifter als denjenigen, der den Gedanken der Tat geboren und zur Ausführung derselben sich — oft nur aus verächtlichen Motiven — eines anderen bedient. „Hat der Anstifter zur Ausführung seines Willens auf jemand unter Anwendung geeigneter Mittel eingewirkt und dieser die Tat begangen, so decken sich Wille und Handlung, so wie man es nur zum Tatbestande eines Verbrechens für erforderlich halten kann.“ Und gar die Motive zum III. Entwurf: „Die Tat des Angestifteten ist die Folge der vorsätzlichen Einwirkung des Anstifters auf den Willen des Angestifteten und sonach die Tat des Anstifters selbst.“ Nun wird ja die Bedeutung der Materialien für die Interpretation möglichst geleugnet. Wenn aber der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung eine bestimmte Auffassung zulässt und die Materialien dieselbe Auffassung wiederholt in deutlichster Weise bekunden, so spricht gewiss die Vermutung dafür, dass dieses die Auffassung des Gesetzes ist.

Einen weiteren Beweis für unsere Auffassung gewährt uns die Strafdrohung gegen den Anstifter. Die Strafdrohungen sind die Wertmesser des Strafrechts; allein aus ihnen ist zu ersehen, für wie wertvoll das Gesetz ein Rechtsgut oder für wie schädlich es ein verbrecherisches Verhalten betrachtet. Wenn es nun Täter und Anstifter mit demselben Masse misst, erklärt es, beider Verhalten sei der Rechtsordnung in gleicher Weise schädlich. Das kann nicht so sein, dass der Anstifter das Delikt hauptsächlich oder überhaupt nur verschuldet, der Angestiftete es nur verursacht, sondern Anstifter und Angestifteter verursachen und verschulden es in gleicher Weise, mag auch das grössere Mass „antisozialer Gesinnung“ oft beim Anstifter liegen. Wer den Anstifter nur eine Bedingung setzen lässt, kann seine dem Täter gleiche Bestrafung nicht erklären. Wir haben gesehen, zu welchen Fiktionen Birkmeyer greifen muss. Gegenüber Heilborns Ansicht, dass der Anstifter nur ein strafbares Handeln zu be-

absichtigen brauche, ist schon hervorgehoben, dass sie zu sehr auf den agent provocateur abzielt. Wer nur mit diesem Vorsatz anstiftet, kann eben nur wollen, dass der andere sich strafbar mache.

Wir stimmen, was besonders die Anstiftung zum Versuch betrifft, völlig mit dem Reichsgericht überein, das in den Gründen zu dem Urteil vom 17. Februar 1887[1]) ausführt: „Wenn das Strafgesetzbuch den Anstifter und den Gehilfen straft, so geschieht dies nicht etwa deshalb, weil dieselben Schuld oder Mitschuld daran tragen, dass ein anderer sich strafbar macht und verurteilt wird, sondern weil sie dazu mitwirken, dass eine der gemeingefährlichen Handlungen, welche als solche im Teil II des St.G.B. mit Strafe bedroht sind, verübt werde; ihr Wille muss also folgerichtig auf Verübung einer solchen Handlung gerichtet sein. Der blosse Wille, den erfolglosen Versuch einer solchen Handlung herbeizuführen bezw. zu unterstützen, kann unmöglich genügen. Es fehlt jeder gesetzgeberische Grund, diesen Willen, der an sich nicht gemeingefährlich, ja unter Umständen gemeingefährliches zu verhüten bestrebt ist, für strafbar zu erklären." Nun behauptet ja gerade Heilborn wie oben erwähnt, die Gefährlichkeit der Anstiftung sei unabhängig von der Endabsicht des Anstifters, weil der Anstifter keine Macht habe über die Person des Angestifteten. Darauf kann man mit Korn[2]) entgegnen, „dass die Gefahr einer Anstiftung . . . keineswegs gleich gross ist, wenn der Anstifter von dem, was er getan und von dem, was der Angestiftete plant, rechtzeitig die Polizei benachrichtigt bezw. selbst das Nötige tut, um das Verbrechen zu vereiteln, wie wenn dies Alles nicht geschieht und der Anstifter wirklich auf Vollendung des Verbrechens hin arbeitet." Es liegt also sicherlich kein Grund vor, die Anstiftung zum Versuch als objektiv gefährlich zu bezeichnen. Korn weist auch noch auf die mangelnde subjektive Gefährlichkeit hin. Und in der Tat, wenn der Anstifter nur einen Versuch beabsichtigt hatte und der Angestiftete vollendete das

1) E. R. 15,315.
2) Korn, S. 26.

Delikt, wenn dann der Anstifter nach dem starren Wortlaut des Gesetzes auch wegen des vollendeten Delikts bestraft werden sollte, so hätten wir eine reine Erfolgshaftung, die gewiss nicht dem Gesetz entspricht, das eine solche nur ganz ausnahmsweise kennt.

Aus allen diesen Gründen glauben wir den Schluss ziehen zu können, dass das Wesen der Anstiftung auch nach geltendem Recht als Urheberschaft aufzufassen ist. Zu welch klaren und befriedigenden Resultaten diese Auffassung führt, ist bereits oben gezeigt worden.

Die Entscheidung über die strafrechtliche Bedeutung der Anstiftung zum Versuch ist nach dieser Auffassung sehr einfach: die Anstiftung zum Versuch ist nicht als Anstiftung strafbar, da der Anstifter als Urheber und gleichsam als Täter den auf die Verübung des Verbrechens gerichteten Vorsatz haben muss.

2. Der Rücktritt des Anstifters.

Bei der hier vertretenen Auffassung vom Wesen der Anstiftung erübrigt es sich auf einen Punkt näher einzugehen, der bei der Beurteilung der Anstiftung zum Versuch auch noch in Betracht kommen kann. Das ist der sogenannte Rücktritt des Anstifters. Selbst wenn man nämlich dem Vorsatz des Anstifters zum Versuch keine Bedeutung beimisst, wird der Anstifter zum Versuch doch nicht ohne weiteres als Anstifter zu strafen, sein. Er hat von vornherein die Absicht, die Vollendung zu hindern. Wenn ihm dies wirklich gelingt — sei es durch eigene Tätigkeit oder etwa durch Anzeige bei der Obrigkeit —, so fragt es sich, ob nicht um dessentwillen eine geringere als die Anstifterstrafe oder vielleicht gar keine Strafe gerechtfertigt ist.

In § 46 ist dem Täter Straffreiheit zugesichert, wenn er entweder die Ausführungshandlung aus eigenem Antriebe nicht zu Ende führt, oder, falls die Ausführungshandlung schon beendigt ist, vor der Entdeckung den zur Vollendung gehörigen Erfolg durch eigene Tätigkeit abgewendet hat. Es handelt sich hier um die Fälle des

sogenannten Rücktritts vom Versuch und der tätigen Reue beim Versuch. Wenn man die Anstifter als Urheberschaft auffasst, so wird man diese Vorschrift auch auf den Anstifter beziehen. Der Anstifter kann nun nicht die Ausführung aufgeben, wohl aber kann er den Täter an der Beendigung der Ausführungshandlung verhindern und in gleicher Weise wie der Täter den Erfolg abwenden. Hierdurch sichert er sich für seine Person Straffreiheit.

Auch die Anhänger der akzessorischen Natur der Teilnahme beziehen zumeist den § 46 auch auf die Teilnehmer. Da aber im Gesetz nur der Täter genannt ist, muss man entweder zu einem „unabweisbaren Analogieschluss“[1]) greifen oder auf allgemeine Erwägungen zurückgehen. Diese beziehen sich auf die Zwecke, die durch die Bestimmungen des § 46 verfolgt werden. „Der Gesetzgeber verfolgte mit ihnen den kriminalpolitischen Zweck durch das Inaussichtstellen der Straflosigkeit auf den verbrecherischen Willen einzuwirken und ihn zu werktätiger Umkehr zurückzuführen. Gerade dieser Anreiz zu einer Betätigung der Reue trägt den Schluss, dass es dem Gesetzgeber mehr darum zu tun war, die Verletzungen der vom Staate zu schützenden Rechtsgüter zu vermindern, als bereuende Übeltäter straflos zu lassen.“[2]) Das ist jetzt eine ziemlich allgemeine Ansicht, nachdem Herzog[3]) nachgewiesen hat, dass die beim Rücktritt vom Versuch durch das Gesetz in Aussicht gestellte Straffreiheit lediglich auf kriminalpolitische Erwägungen zurückzuführen sei. Diese Ansicht erscheint sehr vernünftig und gerecht, man kommt ohne sie zu Härten und Verkehrtheiten. Wenn der den Erfolg abwendende Täter straflos bleibt, der seine Reue in gleicher Weise offenbarende Anstifter jedoch nicht, so erscheint der Anstifter als gefährlicher und strafwürdiger als der Täter, was sicherlich nicht der Auffassung des Gesetzes entspricht.

Die Wohltat des § 46 lassen dem Anstifter nicht zu gute kommen z. B. Olshausen und auch Heilborn, der

[1]) Frank § 46 V.
[2]) Meves S. 409.
[3]) Herzog S. 29—30.

den Wortlaut des § 46 als Gegenargument anführt. Es heisse im Gesetz: der Versuch als solcher bleibe straflos, der Anstifter begehe aber nie einen Versuch im Sinne des Gesetzes, daher kann der Anstifter „den strafbaren Versuch nur auf eine Weise aus der Welt schaffen: indem er den Täter zum Rücktritt oder zur Abwendung des Erfolges rechtzeitig veranlasst.“[1])

3. Die strafbare Aufforderung des § 49a St.G.B.

Vom moralischen Standpunkt aus wird man mit dem Ergebnis der bisherigen Ausführungen nicht recht zufrieden sein. Der Anstifter zum Versuch und im besonderen der agent provocateur wird von dem verwerflichen Beweggrund geleitet, einen andern der Bestrafung zuzuführen. Wenn auch das Treiben der Verbrecher immer verwickelter und daher die Schwierigkeit es aufzudecken immer grösser wird, so kann doch keiner Behörde das Recht zugestanden werden, sich des agent provocateur zu bedienen.[2]) Dieses Heilmittel erscheint bedenklicher als das Übel, welches es beseitigen soll. Es liegt die Gefahr zu nahe, dass man, anstatt Schuldige zu entlarven, Unschuldige zu Verbrechern macht. Und ferner muss es einen ungeheuer demoralisierenden Einfluss auf den Verleiteten ausüben, wenn er sieht, dass sein Verführer, die eigentliche Ursache des Verbrechens, auf dessen Eindringen er überhaupt erst den Fehltritt be-

---

[1]) Heilborn, S. 142, siehe auch v. Bar S. 687.

[2]) Es sei noch einmal darauf hingewiesen, dass hier unter agent provocateur immer der Hauptfall der Anstiftung zum Versuch verstanden wird. Der agent provocateur in dem hier gebrauchten Sinne stiftet zum Versuch an und muss daher straflos bleiben. Zuweilen, besonders im öffentlichen Leben, wird als agent provocateur auch derjenige bezeichnet, der, um einen andern der Bestrafung zuzuführen, diesen regelrecht anstiftet, d. h. mit dem Vorsatze, der andere solle das Verbrechen wirklich begehen. Dieser agent provocateur ist natürlich Anstifter im Sinne des § 48 St.G.B. und muss daher, wenn der andere auf seine Einflüsterungen hin eine strafbare Handlung begangen hat, als Anstifter gestraft werden. Der Beweggrund seines Handelns hat auf seine strafrechtliche Beurteilung keinen Einfluss.

gangen hat, straflos ausgeht. Er muss irre werden an den Begriffen von Recht und Sitte.

Nach den geltenden Bestimmungen ist der Anstifter zum Versuch jedoch, wie gezeigt, nicht als Anstifter strafbar. Und er bleibt im allgemeinen überhaupt straflos. Nur in den schwersten Fällen, wenn es sich nämlich um ein Verbrechen handelt, ist eine Handhabe gegeben, den Anstifter zum Versuch mit einer verhältnismässig geringen Strafe zu belegen. Diese Handhabe bietet § 49a. Es ist über die Zweckmässigkeit und besonders über die gesetzestechnischen Eigenschaften der Bestimmungen dieses Paragraphen viel gestritten worden.[1]) Uns erscheinen diese Bestimmungen durchaus zweckmässig. Das ernstliche Auffordern und Sicherbieten erscheinen nicht nur moralisch verwerflich, sondern bedeuten eine so offenbare Gefährdung der Rechtsordnung, dass es durchaus gerechtfertigt ist, sie aus straflosen Vorbereitungshandlungen zu strafbaren delicta sui generis zu machen. Solche Bestimmungen bieten auch die einzige Möglichkeit, dem schimpflichen Treiben des agent provocateur zu steuern.

Nach § 49a Abs. 1 wird u. a. derjenige bestraft, welcher einen andern zur Begehung oder zur Teilnahme an einem Verbrechen auffordert. Nach gemeiner Meinung ist hierunter nur die ernstlich gemeinte Aufforderung zu verstehen, da nur diese gefährlich sei. Es kommt aber auch sehr viel und sogar, wie es scheint, hauptsächlich darauf an, ob eine Aufforderung „normaler Weise als ernstliche verstanden werden kann."[2]) Diese ist nicht minder gefährlich als die ernstlich gemeinte Aufforderung. Denn da man bei dem Delikt der strafbaren Aufforderung von dem Erfolg, den sie vielleicht haben kann, ganz absieht, so muss man sie lediglich nach dem Eindruck beurteilen, den sie auf den Aufzufordernden macht. Daher steht die ernstlich aufzufassende Aufforderung der ernstlich gemeinten durchaus gleich.

[1]) Siehe v. Bar S. 851: Eine Kritik von legislatorischen Standpunkt kann nur eine abweichende sein ff.

[2]) Singewald S. 113.

In § 49 a ist als der Rechtsordnung gefährlich jede Tätigkeit bedroht, die als Aufforderung zu einem Verbrechen verstanden werden kann. Auf die Gedanken des Auffordernden kommt es dabei garnicht an, wenn er nur den Vorsatz hatte, eine solche Aufforderung zu äussern. Die Anstiftung zum Versuch ist nun regelmässig eine derartige Aufforderung, dass sie von dem Anzustiftenden ernstlich aufgefasst wird. Der Anstifter zum Versuch hat ja grade die Absicht, dass der andere sein Auffordern als ernstlich auffassen soll; nur so kann er hoffen, dass der andere daraufhin in strafbarer Weise tätig werde.

Daher ist die Anstiftung zum Versuch als Aufforderung im Sinne des § 49 a strafbar, vorausgesetzt natürlich, dass es sich um ein Verbrechen handelt und dass, wie § 49 a Abs. 3 es erfordert, das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern an Vorteile irgend welcher Art geknüpft ist.

Lebenslauf.

Ich, Max Theodor, wurde am 13. Mai 1886 als Sohn des Rabbiners Dr. Julius Theodor und seiner Ehefrau Rosalie, geb. Meyer, zu Berent, Provinz Westpreussen, geboren.

Ich wurde auf der Gehobenen Bürgerschule zu Bojanowo, Provinz Posen, vorgebildet und besuchte von Ostern 1899 ab das Königliche Gymnasium zu Rawitsch. An diesem bestand ich Ostern 1905 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich sechs Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Breslau, München und Berlin.

Am 6. Juli 1908 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung, am 16. Juli 1908 das examen rigorosum. Am 14. August 1908 wurde ich zum Referendar ernannt und dem Königlichen Amtsgericht in Bojanowo zur Ausbildung überwiesen. Hier wurde ich am 18. August 1908 eidlich verpflichtet.